Langenbeck

Crim.

159 1ps

Die Lehre

von der

Theilnahme am Verbrechen.

Von

Dr. Wilh. Langenbeck,
Professor der Rechte in Jena.

Jena,
Mauke's Verlag
(Hermann Dufft).
1868.

Die Lehre

von der

Theilnahme am Verbrechen.

Von

Dr. Wilh. Langenbeck,
Professor der Rechte in Jena.

Jena,
Mauke's Verlag
(Hermann Dufft).
1868.

Vorwort.

Zur Veröffentlichung der vorliegenden Blätter wurde deren Verfasser zunächst veranlaßt durch den Gedanken, daß es an einem Werke fehlt, in welchem die Resultate der neuesten auf die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen sich beziehenden Forschungen kurz, aber doch so ausführlich zusammengestellt sind, daß sich Richter, Staatsanwälte und Defensoren, denen ein größeres litterarisches Material nicht zu Gebote steht, oder die zu einem längeren Studium desselben erforderliche Zeit mangelt, möglichst rasch informiren können. Damit verband der Verfasser sehr natürlich den Wunsch, selbstständige, von den Meinungen Anderer abweichende Ansichten einzuschalten, und zugleich wollte er bei dieser Gelegenheit versuchen, das in neuerer Zeit etwas in den Hintergrund getretene Studium des römischen, canonischen und älteren deutschen Rechts durch Vorlegung des Ergebnisses seiner auf diesem Gebiete seit einer Reihe von Jahren angestellten Untersuchungen wieder anzuregen.

Wenn zwar der Verfasser vorzugsweise vom Standpunkte des gemeinen Rechts ausgegangen ist, so hat er doch auch Particulargesetze nicht unberücksichtigt gelassen. Ueberhaupt aber hat er im Gegensatze zu andern Werken über den behandelten Gegenstand seinen Erörterungen vorwiegend das positive Recht zu Grunde gelegt, und daraus erklärt sich zum Theil, daß nicht häufigere Citate anderer Autoren eingefügt sind, während dieses andern Theiles in dem Umstande seinen Grund hat, daß viele Schriften über Theilnahme am Verbrechen genau besehen sich nicht als selbstständige Arbeiten, sondern als Wiederholungen bereits vorangegangener herausstellen.

Die erste Abtheilung ist historischen, die zweite dogmatischen und praktischen Inhalts. Den Gebrauch des Buchs wird das angehängte möglichst genaue Sach- und Quellenregister sowie die vorangeschickte Uebersicht des Inhalts hoffentlich bedeutend erleichtern.

Jena im August 1867.

Der Verfasser.

Inhalt.

Einleitung. §. 1.

Allgemeiner Theil.

Erstes Capitel. Römisches Recht. §. 2—21.

§. 2. Werth der Quellen.

§. 3—10. Von der absoluten Strafbarkeit der Theilnahme.

§. 3. Darstellung der gemeinen Meinung. — §. 4. Unrichtigkeit des dafür angeführten Grundes der Unzulässigkeit des Generalisirens in Strafsachen. — §. 5. Selbstwiderspruch der Vertheidiger dieses Grundes. — §. 6. Für absolute Strafbarkeit der Theilnahme spricht die Fassung der leges publicae und der Uebergang der delicta privata in extraordinaria. — §. 7. Aufzählung der Verbrechen, bei welchen erweislich die Theilnahme bestraft ward. — §. 8. Der von der gemeinen Meinung angenommene sog. subjective Standpunkt führt consequent zur Annahme der absoluten Strafbarkeit. — §. 9. Nicht entgegen steht die Regel: nulla poena sine lege. — §. 10. Die Zeit vor, während und nach den quaestiones perpetuae. Terminologie der Römer.

§. 11—21. Von der relativen Strafbarkeit der Theilnahme.

§. 11. Die gemeine Meinung. — §. 12. Sie beruht auf Mißverständniß allgemeiner Quellenaussprüche („dolus pro facto accipitur — voluntas spectatur, non exitus, consilium uniuscujusque puniendum est, non factum"). — §. 13. Gegen die gemeine Meinung streitet die historische Entwickelung des Strafrechts; vergebliche Berufung auf die Aussprüche über Bestrafung nicht vollendeter Verbrechen. — §. 14. Desgl. die actiones poenales. — §. 15. Der gemeinen Meinung widerstreiten die Bestimmungen über culpose Ver-

brechen. — §. 16. Desgl. über Anfang der Strafbarkeit der Anstiftung. — §. 17 und 18. Ungleiche Bestrafung der Theilnehmer aus den Quellen nachgewiesen. — §. 19. Nachweis des objectiven Princips aus generellen und speciellen Aussprüchen des corpus jur. civil. — §. 20. Desgl. des subjectiven Princips. — §. 21. Angabe der Gründe, aus welchen mitunter gleiche Bestrafung der Theilnehmer vorgeschrieben ist.

Zweites Capitel. Canonisches Recht. §. 22—27.

§. 22. Werth des canonischen Rechts. — §. 23. Es geht nicht einseitig blos vom subjectiven Standpunkte aus. — §. 24. Es hat in der Hauptsache gleiche Principien wie das römische Recht, manche lauten wörtlich mit letzteren gleich.

Von der absoluten Strafbarkeit der Theilnahme.

§. 25. Dieselbe ist auch im can. Recht anerkannt.

Von der relativen Strafbarkeit der Theilnahme.

§. 26. Die Behauptung, daß alle Theilnehmer gleiche Strafe treffe, ist unrichtig. — §. 27. Weder bei Pönitenzen, noch poenis vindicativis tritt nothwendig gleiche Strafe aller Theilnehmer ein.

Drittes Capitel. Deutsches Recht.

§. 28. Vorbemerkung.

Von der absoluten Strafbarkeit der Theilnahme.

§. 29. Grundsätze des ältesten Rechts. — §. 30. Insonderheit über das sog. Gefolge. — §. 31. Die Bestimmungen der Rechtsbücher. — §. 32. Die peinl. G.-O. — §. 33. Die neueren deutschen Gesetze.

Von der relativen Strafbarkeit der Theilnahme.

§. 34. Aeltestes Recht. — §. 35. Die Volksrechte. — §. 36. Die Rechtsbücher. — §. 37. Die peinl. G.-O. — §. 38 und 39. Doctrin und Praxis bis zur neuesten Zeit. — §. 40. Richtige Feststellung des Begriffs der Theilnahme. Ausschließung der Begünstigung und des sog. concursus necessarius; desgl. der Bande. Unterschied von sog. gleichen und ungleichen Theilnehmern.

Specieller Theil.

Erstes Capitel. Vom intellectuellen Urheber. §. 41—60.

§. 41. Definition des intellectuellen Urhebers (Anstifters). — §. 42. Culpose Anstiftung giebt es nicht. — §. 43. Wo nicht der Thäter als frei handelndes Subject erscheint, liegt nur scheinbar Anstiftung vor.

(Unzurechnungsfähigkeit des Handelnden, Irrthum und Unkenntniß, vis absoluta, unbedingt verpflichtender Befehl.) — §. 44. Auf das Motiv des Anstifters resp. Thäters kommt für den Begriff der Anstiftung nichts an. — §. 45. Anstiftung durch Auftrag. — §. 46. Befehl. — §. 47. Vis compulsiva. — §. 48. Bitte. — §. 49. Erregung oder Benutzung eines Irrthums. — §. 50. Lob und Beifall. — §. 51. Rath. — §. 52. Aussprechen eines Wunsches. — §. 53. Anstiftung ist nicht schon an sich strafbar, sondern wird es erst, wenn der Angestiftete wenigstens bis zum strafbaren Versuche kam. — §. 54. Anstiftung eines alias jam facturus. — §. 55. Exceß des Angestifteten. — §. 56. Einfluß der Zeit auf die Strafbarkeit des Anstifters. — §. 57. Strafe des Anstifters und Angestifteten. — §. 58. Bestimmungen des römischen, canonischen und älteren deutschen Rechts, ingleichen Ansichten der italienischen Juristen über Strafe der Anstiftung. — §. 59. Einfluß der Sinnesänderung des Anstifters auf seine Strafbarkeit. — §. 60. Sinnesänderung des Angestifteten.

Zweites Capitel. Von der Beihülfe. §. 61—86.

§. 61. Definition. Gehülfe ist nicht, wer die Haupthandlung ausführt. — §. 62. Strafbare Gehülfen ohne Urheber giebt es nicht. — §. 63. Keine strafbare Beihülfe, wenn der Urheber nicht wenigstens bis zum strafbaren Versuch gelangte. — §. 64. Beihülfe setzt zwar nicht die Vollendung des vom Urheber beabsichtigten Verbrechens voraus, aber Versuch der Beihülfe giebt es nicht. — §. 65. Ist der freiwillig von der Beihülfe Abstehende straflos? — §. 66. Es giebt so wenig eine culpose Beihülfe, als Beihülfe zu culposen Verbrechen. — §. 67. Intellectuelle und physische Beihülfe. — §. 68. Angeblicher Unterschied von vorangehender, gleichzeitiger und nachfolgender Beihülfe. — §. 69. Auch der Gehülfe des Gehülfen ist strafbar. — §. 70. Positive und negative Beihülfe. — §. 71. Sog. wesentliche und unwesentliche, nahe und entfernte Beihülfe. — §. 72. Der Gehülfe ist stets minder strafbar als der Urheber. — §. 73. Maßstab für die Bestrafung des Gehülfen. — §. 74. Vom sog. Hauptgehülfen. — §. 75. Die Strafe des Gehülfen ist immer nur ein Theil der Strafe des Urhebers. — §. 76. Einfluß des Grades der vom Gehülfen entwickelten Thätigkeit auf das Maaß seiner Strafe. — §. 77. Einfluß allgemeiner Strafzumessungsgründe. — §. 78. und 79. Bestätigende Aussprüche des römischen Rechts. — §. 80. Canonisches Recht. — §. 81. Insonderheit dessen Bestimmungen über Nichtverhinderung von Verbrechen. — §. 82. Gründe der im can. Rechte vorkommenden gleichen Bestrafung der Urheber und Gehülfen.

§. 83. Ansichten der italienischen Juristen. — §. 84. Grundsätze der peinl. G.=O. über die Strafe der Beihülfe. — §. 85. Strafe der sog. generellen und der speciellen Beihülfe. — §. 86. Der Gehülfe ist nur so weit verantwortlich, als der Urheber seinem Willen gemäß handelte.

Drittes Capitel. Von Miturhebern. §. 87—103.

§. 87. Definition. — §. 88. Vom Complott. — §. 89. Liegt im Complotte eine wechselseitige Anstiftung? — §. 90. Jeder Complottant ist Urheber des Verbrechens und als solcher zu strafen. — §. 91. Setzt das Complott gegenseitige Verpflichtung zur gemeinschaftlichen Ausführung des Verbrechens voraus? — §. 92. Ist die Eingehung des Complotts an sich strafbar? — §. 93. Ueber den Rücktritt einzelner oder aller Complottanten. — §. 94. Exceß bei der Ausführung des Complotts. — §. 95. Strafe der Complottanten. — §. 96. Grundsätze des römischen Rechts. — §. 97. Canonisches Recht. — §. 98. Aelteres deutsches Recht. — §. 99. Neuere deutsche Gesetze. — §. 100. Zufällige Miturheberschaft. — §. 101. Römisches Recht. — §. 102. Canonisches Recht. — §. 103. Deutsche Gesetze.

Einleitung.

§. 1.

Die Theilnahme am Verbrechen (concursus ad delictum) bildet im gemeinen Strafrechte ein Capitel, in welchem das Meiste controvers ist. Man streitet über den Begriff der Theilnahme, über das Wesen und die Grenzen der Urheberschaft und Beihülfe, über die absolute und relative Strafbarkeit derselben u. s. w., und gehen wir mehr in das Einzelne hinein, so erblicken wir der Streitigkeiten noch mehr.

Der Grund dieser Lage der Sache dürfte vornehmlich ein doppelter sein. Der eine Theil der Bearbeiter unseres Gegenstandes hat es darin versehen[1]), daß er, wenig bekümmert um das positive Recht und dessen Geschichte, eigentlich nur vom philosophischen Standpunkte aus argumentirend, die Sache behandelt hat, ein anderer Theil hat zwar diesen Weg vermieden, ist aber in den Fehler einer Ueberschätzung des Werths der von den italienischen Juristen gelieferten Arbeiten und einer Unterschätzung der Bedeutung der Justinianeischen Rechtsbücher verfallen, wie es überhaupt eine bekannte Thatsache ist, daß meistens die Römer, welche man als Lehrmeister des Civilrechts überall bewundert, für schlechte oder wenigstens nicht

1) Vergl. Feuerbach, Vorrede zu Unterholzner's Abhandlungen, 1810, S. X und XI und dessen Werk über Philosophie und Empirie S. 43. Neues Arch. des Crim.=Rechts Bd. 10 S. 482.

bedeutende Criminalisten gehalten werden. So behauptet Hälschner[2]): „Das römische Recht ist für die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen von sehr untergeordneter Bedeutung, denn wenn ihm auch die Thatsache einer Theilnahme Mehrerer am Verbrechen nicht entgangen ist, wenn es im Allgemeinen der socii und näher auch des Anstifters und Gehülfen gedenkt, so mangelt ihm doch die Erkenntniß des wesentlichen Schuldunterschieds der verschiedenen Theilnehmer, so daß sich alles Interesse in der Frage concentrirt, wer überhaupt als Thäter strafbar sei, wogegen die nähere begriffliche Unterscheidung der verschiedenen Arten der Theilnahme übergangen wird." Wie aber von anderer Seite[3]) bereits bemerkt worden ist, daß die Römer in der That keine schlechten Criminalisten waren, so hoffe ich in der Folge bezüglich der Theilnahme am Verbrechen darzuthun, daß in allen von Hälschner hervorgehobenen Punkten die Sache sich gerade umgekehrt verhält. Wie dem aber auch sei, keinesfalls werden wir in der Lehre von der Theilnahme am Verbrechen zu befriedigenden Resultaten kommen, wenn wir sie nicht auf dem Wege einer historischen Methode zu finden bemüht sind, wie diese von Biener[4]), Abegg, Mittermaier, Wächter,

---

2) System des Preuß. Strafrechts. Bonn 1858. Bd. 1 S. 301 Anm. 1.

3) S. z. B. Köstlin, Lehre vom Mord und Todschlag. Stuttgart 1838. S. 17. „Man hört nicht selten die Behauptung, es sei gerade das Strafrecht von den römischen Juristen nur stiefmütterlich behandelt worden. Allein mit Unrecht. Sie haben auch in dieser Beziehung Alles geleistet, was man nur irgend von ihnen erwarten konnte. Ein großer Theil des römischen Strafrechts ist auf's Engste mit dem Privatrecht verflochten, und gerade hier fließen die römischen Quellen so reichlich, als in irgend einem der bestbedachten Theile ihres Rechts" u. s. w. Vergl. auch Berner, Lehrb. des Strafr. Leipzig 1863. §. 43, der aber noch weiter hätte gehen sollen.

4) Vergl. dessen Aufsatz im N. Archiv des Criminal-Rechts Bd. 10 S. 476 ff.

Luden, Zachariä[5]) u. A. für die Behandlung der Strafrechtswissenschaft empfohlen, beziehungsweise auf einzelne Theile derselben mit so vielem Erfolge angewandt ist. Und da wird man vom römischen Rechte auszugehen haben, erst später sich daran eine Betrachtung der Sätze des canonischen und deutschen Rechts in Verbindung mit den Ansichten der Theoretiker und Praktiker[6]) anschließen können, und endlich zu bestimmen sein, was von All' diesem für gültig und brauchbar zu erachten sei.

Der Nutzen, den ich von dem genaueren Studium der fremden und altdeutschen Rechte erwarte, wird — ganz abgesehen von dem Interesse, welches rechtsgeschichtliche Untersuchungen für jeden wissenschaftlich denkenden Juristen überhaupt haben, — ein doppelter sein. Einmal nämlich wird eine von verschiedenen Ansichten über eine bestrittene Frage vor andern den Vorzug erhalten, wenn es gelingt, bestätigende Aeußerungen jener positiven Rechte dafür aufzufinden; — sodann darf die gemeinrechtliche Doctrin aber auch keinen Anstand nehmen, dasjenige aus ihnen zu adoptiren, was vielleicht in der Theorie oder Particulargesetzgebung und Praxis gar nicht beachtet wurde, oder was im Widerspruche mit dem bisher für richtig Gehaltenen steht, nach sorgfältiger Erwägung des pro und contra aber nunmehr als das Bessere angesehen werden muß. Niemand wird dieses bestreiten, der die Lückenhaftigkeit auch der neuesten Strafgesetzbücher kennt, die gerade

5) Den historischen Weg haben die beiden zuletzt Genannten insbesondere in ihren Monographieen über Versuch der Verbrechen eingeschlagen. Das Studium dieser Arbeiten hat mich vorzugsweise zu dem gegenwärtigen Versuche ermuntert.

6) Vergl. N. Archiv Bd. 10 S. 494 und 508. „Für die Fortbildung des Rechts erwartet die neuere historische Schule alles von der Analogie der historischen Erkenntniß und einer gesunden Praxis, welche das schafft, was veränderte neue Verhältnisse nothwendig machen."

in dem Capitel der Theilnahme am Verbrechen so manches der Entscheidung der Doctrin überlassen und leider nicht von Bestimmungen frei sind, welche mit allgemein anerkannten Fundamentalsätzen der Strafrechtswissenschaft, ja nicht selten mit sich selbst im Widerspruch stehen [7]).

---

7) Vergl. Luden, Abhandl. aus dem Strafrecht. Göttingen 1840. Bd. 2 S. 362 ff.; Berner, Lehre von der Theilnahme. Berlin 1847. S. 315 ff.

Allgemeiner Theil.

Erstes Capitel.

Das römische Recht.

§. 2.

Es ist meines Erachtens ein entschiedener Fehler der Bearbeiter des römischen Strafrechts, daß sie sich nicht vorwiegend an den Inhalt der Justinianeischen Rechtsbücher halten und zu viel Gewicht auf das legen, was uns die römischen Schriftsteller, die Redner [1]), Philosophen, Historiker, ja sogar Dichter [2]) mittheilen. Indem ich dieses niederschreibe, ver-

1) Insofern stimmt mit mir überein: Geib, Geschichte des römischen Crim.-Proc. S. 277. „Wer bedenkt, in welchem Grade die angeblichen Rechtsregeln in den Declamationen und Contraversien der Rhetoren überhaupt als unzuverlässig erscheinen, wer da weiß, wie bei weitem die Mehrzahl derselben schon als feststehende Tradition aus den Schriften der Griechen sich vererbt hat, und wer sich erinnert, mit welcher äußersten Geringschätzung gerade die Römer selbst hierüber urtheilten, der wird es gewiß mehr als bedenklich finden, auf eine derartige Aeußerung auch nur das entfernteste Gewicht zu legen" u. s. w.

Schweppe, Röm. Rechtsgeschichte §. 7. „Bekannt sind die Entstellungen des Rechts in den Schulen der Rhetoren, besonders auch durch die seltsamen Benennungen." Cujacius, observ. IX. 13.

2) z. B. Plautus, Terentius, Horatius, Persius u. A., vergl. Rein, Crim.-Recht der Römer. Leipzig 1844. S. 8. — Geib, Ge-

gegenwärtige ich mir den großen Widerspruch, auf den ich mit meiner Behauptung stoßen werde. Denn obgleich ich nicht der Erste bin, der sich in dieser Weise äußert, so dürfte sich doch bislang Niemand so allgemein und bestimmt ausgesprochen haben [3]). Darum wird es gerechtfertigt sein, daß ich meine Behauptung umständlich zu begründen suche.

1. Was insonderheit von den Rednern in Anklagen oder Vertheidigungen so angeführt wird, als sei es bestehendes Recht oder müsse als solches angenommen werden, ist nicht selten ein bloßes Product der Parteilichkeit. Es ging den römischen Defensoren nicht anders als den Vertheidigern unserer Zeit, sie haben eben vorgebracht, was und wie es im gerade vorliegenden Falle dem Angeklagten möglichst das Wort zu reden geeignet war [4]). Hiermit will ich ihnen nicht im Allgemeinen den Vorwurf absichtlicher Rechtsverdrehung [5]) machen. Jedermann wird wissen, wie leicht das Interesse,

---

schichte des röm. Crim.-Proceß. weiset S. 237 einen groben Irrthum des Phädrus nach.

3) Ich führe als solche, die gelegentlich ihr Mißtrauen laut werden lassen, beispielsweise nur an: Zachariä, Lehre vom Versuche. Göttingen 1836. Bd. 1 §. 89 (und die daselbst angeführten Bemerkungen aus Sanio ad L. Cornel., de sic. p. 100 sqq.) und §. 100. Luden a. a. O. Bd. 1 S. 123. Rein, Criminalrecht der Römer. Leipzig 1844. Abth. 1 Cap. 3 und S. 148. Abegg, Die verschiedenen Strafrechtstheorieen. Neustadt 1837. §. 27. Birnbaum im N. Arch. f. Crim.-R. Jahrg. 1835 S. 332 ff. Geib, Geschichte des Crim.-Proc. Leipzig 1842. S. 277. Wächter im N. Arch. f. Crim.-R. Bd. 10 S. 264. Falk das. Bd. 11 S. 144 und über Cicero Roßhirt das. S. 30.

4) Man vergl. die vortrefflichen Ausführungen bei Geib, Geschichte des Crim.-Proc. S. 298—302. — Cicero, orator. c. 21.

5) Eine andere Frage ist, ob die Redner wirklich des bestehenden Strafrechts kundig gewesen sein dürften. Geib a. a. O. verneint dieselbe für die Zeit der quaestiones perpetuae. Vergl. a. a. O. S. 229 und 607.

welches der Defensor an seines Schützlings Sache nimmt, ihn befangen macht, ja mitunter geradezu verblendet, und wenn es sonach nahe liegt, daß es nicht fehlen kann an Berufungen auf angeblich, aber nicht wirklich (oder wenigstens nicht ganz so, wie angegeben,) bestehende Rechtssätze, so kann die hieraus von mir gezogene Folgerung auch dadurch an Bedeutung nicht verlieren, daß man wenigstens dann, wenn der Vertheidiger im wohlbegründeten Rufe eines redlichen Mannes und tüchtigen Juristen steht, zuverlässige Angaben von ihm erwarten darf. Denn das Recht ist controvers und war es auch bei den Römern; es läßt sich aber auch, wo es bislang nicht streitig war, controvers machen, und schon daraus ergiebt sich, wie leicht ein Vertheidiger bewogen und wie viel Gelegenheit ihm geboten wird, diejenige Interpretation als die richtigere oder allein annehmbare zu preisen, die gerade seinem Zwecke am meisten entspricht. Liegt doch im Hintergrunde immer der entschuldigende Gedanke, daß in dubio pro reo zu entscheiden, von den Gesetzen wie von der natürlichen Billigkeit gut geheißen und selbst gefordert werde. — Was ich von Vertheidigungen gesagt habe, gilt auch (mit Ausnahme des letzten Satzes) von Anklagen [6]), und hier tritt noch als bedeutendes Moment das eigene Interesse des Anklägers hinzu, wenigstens bei den Römern, wo er sich für den Fall des Unterliegens nicht unerheblichen Nachtheilen ausgesetzt wußte [7]).

---

6) Im Allgemeinen stimmt mir bei Zumpt, Criminalrecht der römischen Republik. Berlin 1865. Bd. 1 Abth. 1 S. 5. „Eigenthümlich ist ihm der Umstand, daß, wo wir scheinbar die glaubwürdigsten unmittelbaren Zeugen in den bei Criminalprocessen gehaltenen Reden haben, die durch sie überlieferte Kunde eine parteiische, durch alle Mittel, welche die politische Leidenschaft oder die Erfindungskraft geschickter Advocaten an die Hand gab, entstellte ist" u. s. w.

7) Rein a. a. O. S. 815 ff.

Endlich mag aber nicht unerwogen bleiben, daß Beispiele von Anklagen und Vertheidigungen mit absichtlicher Rechtsverdrehung in einem Staate, in dem erweislich mit Absicht unrichtige Urtheile gefällt sind [8]), nicht zu den Unmöglichkeiten gehört haben dürften, selbst da, wo desfallsige Nachrichten über einen bestimmten Fall fehlen.

2. Wir finden, daß nicht bloß Redner, sondern auch Historiker mitunter auf ähnliche oder gleiche Fälle verweisen, in denen ein in Frage stehender Satz als bestehendes Recht angewandt sein soll.

a) Ist der Hinweisende der Classe der Historiker angehörig, so würde zu unterscheiden sein, ob er Jurist war oder nicht. Im letzteren Falle lege ich seiner Mittheilung nicht viel Bedeutung bei [9]), wenn er auch als Augenzeuge über einen Proceß oder Urtheilsspruch referirt. Man werfe doch nur einen Blick in die Schwurgerichtsverhandlungen, welche unsere heutigen Zeitungscorrespondenten und Journalisten oft in der entstellendsten Weise liefern. Und auch, wenn das Mitgetheilte an sich richtig ist, finden sich nicht selten Auslassungen von Dingen, die dem Laien unwichtig erscheinen, für das juristische Verständniß der Sache aber höchst bedeutend sind. Zudem ersieht man häufig gar nicht den Grund der abgegebenen Entscheidung oder bleibt im Ungewissen darüber, ob das, was als rechtlicher Grund der Ent-

---

8) Man s. z. B. die von Rein a. a. O. S. 415, 878 und 879 mitgetheilten Fälle, desgleichen den Fall bei Geib, Deutsches Strafrecht. Leipzig 1861. §. 10 a. E. und dessen Bemerkungen über die mit der Leitung in den quaestiones perpetuae betrauten Personen in seiner Geschichte des röm. Crim.-Processes S. 185, 186. Vergl. auch Cicero ad Atticum IV. 16.

9) Wie wenig den Angaben der Historiker, wenn sie von Institutionen rechtlicher Art erzählen, zu trauen ist, ergiebt das Studium des Werks von Geib, Geschichte des Crim.-Processes der Römer.

scheidung ausgegeben wird, in Wahrheit solcher war, ob er als ein unter allen Umständen maßgebender oder ein in concreto wegen besonderer uns unbekannt bleibender Verhältnisse den Ausschlag gebender Grund anzusehen ist [10]).

Das Gesagte gilt ebenfalls — wenn auch nicht in demselben Umfange — von den Mittheilungen der Juristen. Auch hier kommt es darauf an, ob Referent auf eigene Beobachtung sich stützt oder nicht, auch hier ist selbst im ersten Falle die Möglichkeit einer unrichtigen Auffassung, Auslassung u. s. w. nicht ausgeschlossen. Im Allgemeinen verdienen hier freilich die Angaben mehr Glauben.

b) Hinweisungen der Redner auf früher vorgekommene Fälle unter dem Bemerken, es sei damals etwas so, wie sie es jetzt wünschen, als eine bestehende Bestimmung des Rechts anerkannt, unterliegen rücksichtlich ihrer Glaubwürdigkeit den-

---

10) Man vergl. z. B. einen Fall bei Rein a. a. O. I. Buch Abth. 4 Cap. 5 sub 3 a. E. (S. 422).

Am allerwenigsten darf dann, wenn ein Historiker erzählt, daß in einem gewissen Falle der Thäter bestraft worden, die Theilnehmer aber von Strafe freigeblieben seien, angenommen werden, letzteres sei geschehen, weil die Theilnahme an Handlungen der vorliegenden Art überhaupt nicht dem Strafgesetze unterlegen habe. Die Straflosigkeit kann ganz andere Gründe gehabt haben, z. B. weil die Personen, welche vom Publikum unzweifelhaft als Theilnehmer angesehen wurden, nicht überführt werden konnten, oder weil es an einer Anklage derselben fehlte. (Es ist hier nicht anders, als wo es sich um Fälle handelt, bei denen keine Theilnehmer concurrirten; wenn uns z. B. in dem Rein a. a. O. S. 878 Not. ** mitgetheilten Falle erzählt wird, daß Cäsar aus politischen Gründen gegen den Clodius nicht aufgetreten sei, — wer wollte, falls uns diese Gründe nicht angedeutet wären, annehmen, daß des Clodius Handlungsweise überhaupt mit keiner Strafe bedroht war? Vergl. auch Luden a. a. O. Bd. 1 S. 123.) Ja selbst eine Mehrzahl von Erzählungen, nach welchen Theilnehmer von Strafe frei blieben, ist nicht geeignet, als Beweis der Straflosigkeit überhaupt zu dienen, wenn wir die nähern Umstände nicht zuverlässig erfahren.

selben oder ähnlichen Bedenken, wie sub a, und Alles, was ich sub 1 gesagt habe, trifft mehr oder weniger auch hier zu.

Verachten wir nicht, was uns in den Schriften der Rhetoren und Geschichtschreiber geboten wird, aber hüten wir uns wohl, es als gültige Münze unbedenklich hinzunehmen [11])! Das zu bereitwillige Vertrauen zu jenen Quellen hat der Jurisprudenz überhaupt schon mehr geschadet, als man sich zu gestehen wagt.

3. Noch weniger Bedeutung haben die Schriften **philosophischen Inhalts**. Ihre Verfasser entbehren zum Theile genügender Rechtskenntnisse, sagen auch häufig gar nicht, was als positives Recht bestehe, sondern was ihrer Meinung nach Recht sein müßte, wobei sie sich von den verschiedensten Motiven leiten lassen [12]). Sie haben sich daher, — wie leider manche Juristen unserer Tage, — so sehr gewöhnt, de lege ferenda zu reden, daß sie, die Wirklichkeit darüber vergessend, davon reden als de lege jam lata [13]). Oder sie unterlassen zwar nicht, sich nach dem, was Gesetz und Gewohnheitsrecht bestimmen, umzuschauen, müssen sich aber dabei auf Andere verlassen, und erhalten auf angestellte Erkundigungen von diesen häufig unrichtige Antworten, oder fassen, was sie vernehmen, nicht richtig auf.

Ganz anders steht es um die Bedeutung dessen, was uns in den Justinianeischen Sammlungen, in welchen ja überhaupt das Criminalrecht der Römer erst einen eigentlichen Abschluß gefunden hat [14]), geboten wird. Ihm hat der große Kaiser

---

11) Ein Beispiel s. in Not. 23 zu §. 12.

12) Vergl. **Zachariä** a. a. O. §. 89 (über Seneca) und §. 100.

13) Was ist z. B. nicht schon in der Imputationslehre als unumstößlich behauptet, was doch in keiner Legislation oder Praxis bislang Anerkennung gefunden hat!

14) **Köstlin**, Lehre vom Mord und Todschlag. Stuttgart 1838. S. 141.

durch die Aufnahme den Stempel der Zuverlässigkeit aufgedrückt, ihm dürfen, ihm sollen wir trauen. Harmonirt diese oder jene Stelle des corpus juris civilis etwa nicht mit dem, was wir in anderen Quellen des römischen Rechts finden, so dürfen wir vorkommenden Falls nicht etwa denken, letzteres sei die Praxis gewesen, die erfahrungsmäßig vom Gesetze oft abweiche. Gegen solche Annahme würde schon die Art und Weise, wie die Justinianeischen Sammlungen zu Stande gekommen sind, streiten. Ebenso wenig darf man gegen die Glaubwürdigkeit ihres Inhalts mögliche Irrungen der Compilatoren anführen, so lange dergleichen nicht mit Bestimmtheit nachgewiesen sind. Der Nachweis würde aber, soweit er aus den sub 1—3 besprochenen Schriften geführt werden soll, um aller gegen deren Zuverlässigkeit sich erhebenden Bedenken wegen mit großer Vorsicht aufzunehmen sein.

Indem ich mich nun anschicke, dem Leser die Grundsätze vorzuführen, welche nach meinem Dafürhalten in Ansehung der Theilnahme am Verbrechen im römischen Rechte zu finden sind, brauche ich wohl kaum zu bemerken, *wie es mir erlaubt sein muß, darauf auch nach Beendigung dieser ersten Abtheilung meines Werks zurückzukommen*, namentlich dieses oder jenes, was ich auch jetzt schon vortragen könnte, erst demnächst zu besprechen, wenn ich dazu komme, eine Vergleichung des römischen, canonischen und einheimischen Rechts anzustellen, oder sofern es mir anderswo paßlicher zu stehen scheinen sollte.

Von der absoluten Strafbarkeit der Theilnahme am Verbrechen.

§. 3.

Die Frage, ob das römische Recht den allgemeinen Grundsatz habe, daß jegliche Theilnahme an Verbrechen an sich straf-

bar sei, wird von der gemeinen Meinung verneint. Die Römer, sagt man, kennen überhaupt in ihrem Strafrechte keine derartigen allgemeinen Sätze, sie bestimmen es daher bei den einzelnen Verbrechen ausdrücklich, wenn außer dem Thäter (s. g. physischen Urheber) auch Andere, welche an dem fraglichen Verbrechen Theil nahmen, Strafe erleiden sollen. Aehnlich heißt es bei Rein[1]: „Einen allgemeinen Grundsatz und ein durchgreifendes Princip über die Strafbarkeit des Thäters und der andern Mitwirkenden hatte das römische Recht nicht — wie die Römer das Generalisiren überhaupt nicht liebten — sondern es gab bei den einzelnen Verbrechen besondere Bestimmungen, bei der Mehrzahl der Verbrechen stellte es aber die Thätigkeit des Urhebers und der Theilnehmer auf dieselbe Stufe der Strafbarkeit, was daraus zu erklären ist, daß das römische Recht, als es die erste Stufe seiner Entwickelung hinter sich hatte, weniger auf das objective Verhältniß, als auf das Erscheinen des bösen Willens Rücksicht nahm." Man argumentirt hier also ganz ähnlich wie bei der Begründung der jetzt wohl ziemlich allgemeinen Behauptung, daß es bei den Römern keine absolute Strafbarkeit des Versuchs gegeben habe. Es wird mir daher, obgleich ich mich über die Richtigkeit dieser letzten Ansicht hier nicht zu verbreiten habe, erlaubt sein, auf deren Begründung, soweit sie mit derjenigen, um die es sich hier handelt, zusammentrifft, näher einzugehen und dabei Bezug zu nehmen auf die Schriftsteller, welche über die Strafbarkeit des Versuchs nach römischem Rechte geschrieben haben.

§. 4.

Ich habe beim Studium der Quellen weder den Mangel allgemeiner strafrechtlicher Regeln wahrnehmen, noch mich da-

1) a. a. O. S. 185.

von überzeugen können, daß ein Generalisiren nach römischem Rechte unzulässig sei. Diejenigen, welche das Gegentheil mit so vieler Bestimmtheit hinstellen, haben es auch in keiner genügenden Weise zu beweisen vermocht und widersprechen sich zum Theil selbst. Man hat sich auf Aeußerungen römischer Schriftsteller [1]), namentlich des Cicero, z. B. in dessen Rede pro Cluentio c. 53. 54, berufen, allein ich finde darin weiter nichts, als daß man streng am Gesetze halten und es nur da zur Anwendung bringen solle, wo eine Handlung wirklich unter das Gesetz falle. Hierin liegt allerdings ein Hemmschuh der richterlichen Willkür und die Garantie bürgerlicher Freiheit, aber es läßt sich nicht einsehen, weshalb nicht neben Vermeidung der ersteren und unbeschadet der letzteren ein allgemeines Princip existiren könne, welches sagt, daß nicht bloß der Thäter, sondern auch, wer sonst zur Hervorbringung des Verbrechens beitrug, strafbar sei. Unserer neuen Legislation ist solcher Satz nicht unbekannt [2]), und doch wird ihr dieserhalb Niemand den Vorwurf machen, daß sie die bürgerliche Freiheit gefährde und richterlicher Willkür Vorschub leiste [3]). Finden sich nun in einer Gesetzgebung specielle Bestimmungen über Theilnahme, so haben wir dieselben als Anwendungen des allgemeinen Princips anzusehen. Man wird mir vergeblich opponiren, daß ja das Justinianeische Strafrecht seiner Entstehung nach verschiedenen Zeiten angehöre, die von ganz verschiedenem Geiste durchweht waren [4]), denn das hindert doch

---

1) Daß auf dergleichen Aeußerungen überhaupt nicht viel Vertrauen zu setzen, ist in §. 2 bemerkt worden.

2) Z. B. sagt der Art. 52 des Hannov. Strafgesetzbuchs: „Alle Theilnehmer des Verbrechens, Urheber, Gehülfen und Begünstiger sind dem Strafgesetze unterworfen."

3) Vergl. auch unten S. 15.

4) Auch Abegg (Strafrechtstheorieen S. 92) ist der Ansicht, daß aus der allmählig und stückweise nach Bedürfniß und unter sehr ver-

gewiß nicht die Annahme, daß gewisse allgemeine Principien zu allen Zeiten bestanden haben, sollten sie auch gerade keinen Ausdruck in Gesetzen gefunden[5]) haben, und es liegt kein Grund vor, zu behaupten, daß, wenn zu verschiedenen Zeiten bei diesem oder jenem Verbrechen besonders im Gesetze hervorgehoben ist, daß und wie auch die Theilnahme daran bestraft werde, sämmtliche derartige Bestimmungen nicht einem allgemeinen Principe zugeschrieben werden dürfen, als dessen Anwendung sie erscheinen[6]). Nehmen wir aber darauf Rücksicht, daß das römische Recht, wie es im Justinianeischen Rechtsbuche enthalten ist, immerhin als die Gesetzgebung eines und desselben Legislators aufgefaßt werden muß, und vergegenwärtigen wir uns, daß in diesem Rechtsbuche fast bei allen Verbrechen Bestimmungen über Strafbarkeit der Theilnahme zu finden sind (vgl. unten §. 7), so wüßte ich wahrlich nicht, was uns abhalten könnte, anzunehmen, daß der Kaiser Justinian von dem allgemeinen Grundsatze der Strafbarkeit jeglicher Theilnahme ausgegangen sei. Wenn nun daneben bei einzelnen Verbrechen dasselbe ausgesprochen ist, so erklärt sich dieses einfach daraus, daß die Gesetzgebung Justinian's eben ein Sammelwerk ist.

---

schiedenen Verhältnissen zu Stande gekommenen Gesetzgebung (der Römer) der gänzliche Mangel eines Princips keineswegs zu behaupten sei.

5) Wenn eine opinio publica der Nothwendigkeit einer Strafbarkeit der Theilnahme bestand, — und es ist kaum denkbar, daß ein Volk, welches nicht mehr auf der untersten Stufe der Entwickelung des Strafrechts steht, anders denken sollte, — so bedurfte es gar keines gesetzlichen Ausdrucks, es finden hier vollkommen die Worte eines alten römischen Juristen Anwendung: „Immo magnae auctoritatis hoc jus habetur, ut non fuerit necesse, scripto id comprehendit.“ — Geib, Lehrb. des deutschen Strafrechts S. 26.

6) Abegg a. a. O. S. 92.

Sollten sich denn aber wirklich gar keine allgemeinen Grundsätze des römischen Strafrechts, keine Sätze namhaft machen lassen, die ebenso allgemein reden, wie ein Satz, der die absolute Strafbarkeit der Theilnahme ausdrücken würde? Ich meine, daß wir diese Frage unbedenklich bejahen dürfen [7]), und will nur darauf verweisen, daß Aeußerungen, wie: „in maleficiis voluntas spectatur, non exitus," — „consilium unuscujusque, non factum puniendum est," doch gewiß ebenso generell lauten [8]). In der That geben denn auch manche Criminalisten das Vorhandensein allgemeiner Principien im römischen Strafrechte zu; so z. B. nehmen sie keinen Anstand, zu sagen: in der Sullanischen Gesetzgebung, also in der Grundlage des späteren römischen Criminalrechts, finde sich entschieden der Grundsatz, „der gezeigte dolus sei die Hauptsache, der Erfolg der Handlung mehr das Accidentielle." Lautet etwa ein solches Princip weniger allgemein, als wenn es heißen würde: nicht bloß den Thäter, sondern auch den Theilnehmer trifft Strafe? Ein anderes Beispiel s. in Note 7 zu §. 10.

§. 5.

Auch müssen die Juristen, welche meinen, das Generalisiren sei im Strafrechte der Römer unzulässig gewesen, ein-

---

7) Vergl. von Schirach im Neuen Archiv Bd. 3 S. 419 (mit Berufung auf Tittmann, Handb. des peinlichen Rechts Bd. 1 §. 126), dem ich im Uebrigen aber nicht beistimme.

8) Und, um darauf noch einmal zurückzukommen, welche Gefahr für bürgerliche Freiheit, welche Gelegenheit zu richterlichen Fehlgriffen und Excessen ist mit diesen Sätzen verbunden! wenigstens wenn man sie wörtlich versteht. Ob solches zulässig, wollen wir später untersuchen. Hier mag nur bemerkt werden, daß sie von Vielen wörtlich verstanden sind und dadurch der erste Grund gegeben ist zu der Meinung, daß das römische Recht in der Frage wegen der relativen Strafbarkeit der Theilnahme den sog. subjectiven Standpunkt behaupte, welcher blos auf den bösen Willen sehe.

räumen, daß sich die Sache wenigstens mit der Zeit geändert habe. Das Recht wurde bekanntlich durch die Vermittelung des Prätors und der Juristen erweitert [1]) und ergänzt, es entstanden ja nicht bloß im Civilrechte auf dem Wege der Analogie actiones utiles, sondern man nahm auch im Strafrechte Erweiterungen der ursprünglichen Bestimmungen ad exemplum legis vor [2]). Das ist doch wahrlich eine Veränderung des angeblich bisherigen Zustandes, in welchem „ein Generalisiren, ein Abstrahiren allgemeiner Regeln aus speciellen Bestimmungen" nicht stattfinden durfte.

Ferner ist von großer Bedeutung die Entstehung der crimina extraordinaria, worauf wir später zurückkommen. Ich gebe übrigens schon hier zu, was Zachariä [3]) bemerkt, daß man nicht annehmen darf, die Römer hätten Bestimmungen, welche vielleicht in mehreren einzelnen leges vorkommen, ohne Weiteres auf alle crimina extraordinaria angewandt, nachdem eigentlich alle crimina zu extraordinaria geworden

---

1) Geib a. a. O. S. 26 ff. Zachariä, L. Cornelius Sulla. Heidelberg 1834. Abth. 2 S. 121 ff., wonach schon früh analoge Anwendung der 12 Tafeln vorkam. („Mit einem Worte also, die Praxis behandelte das Criminalrecht nach derselben Methode, nach welcher die Wissenschaft das Civilrecht ausbildete." Geib a. a. O. S. 27.) S. auch Luden a. a. O. Bd. 1 S. 77 ff.

2) So war es z. B. in Ansehung des crimen falsi. Geib, Strafrecht Bd. 1 S. 87. So wurden die Fälle, in denen nach den leges Juliae de vi der Versuch der Gewaltthätigkeit strafbar ist, von der Praxis ad exemplum legis vermehrt. „Dazu gehören wohl diejenigen, von welchen es in den Quellen (D. XLVIII. 6—7) heißt: in eadem causa sunt — im Gegensatze von hac oder eadem lege tenetur". Zachariä a. a. O. S. 119 Not. 6. Und in L. 7 §. 3 D. 48. 4 macht Modestinus in Ansehung des crimen majest. die Bemerkung, daß nur zu strafen sei, „quod ex scriptura legis descendit vel ad exemplum legis vindicandum est".

3) a. a. O. Bd. 1 S. 93.

waren. Und wenn er weiter sagt: „Wir müssen daher zum Wenigsten sehr vorsichtig mit dergleichen generellen Bestimmungen sein, wir dürfen nicht ohne trifftige Gründe, bündige Beweise dem neueren Römischen Recht die Aenderung specieller Bestimmungen in solche, die bei allen Verbrechen zur Anwendung gebracht worden wären, unterschieben," so giebt er damit wenigstens die Möglichkeit des Generalisirens zu. Gestützt auf diese und andere[4]) Autoritäten und unter Verweisung auf das in §. 4 Gesagte in Verbindung mit den einschlagenden Stellen der folgenden Paragraphen (insonderheit §. 10)

---

4) S. z. B. was Rein a. a. O. S. 633 über die Ausdehnung der Strafe der Theilnahme am crimen repetund. sagt.

Zachariä hat a. a. O. S. 91, wo er von dem strengen Festhalten am Gesetze redet, freilich nur die Zeit im Auge, in welcher es noch eine bürgerliche, vom Despotismus unberührte Freiheit gab. Allgemeiner urtheilt Geib, Gesch. des Crim.=Proc. S. 126. Nach ihm war es in Rom „entschiedener Grundgedanke, daß die Richter in Criminalsachen nicht blos Diener des Gesetzes seien und als solche unter dem Gesetze ständen, sondern daß sie zugleich gewissermaßen als dessen Beherrscher betrachtet werden müßten, und daher, so oft dieses die Umstände verlangten, sogar über dasselbe sich erheben, gleichsam die Gesetzgeber für den einzelnen Fall vorstellen sollten. Dieser Gedanke, wenn auch nach und nach modificirt und verändert, erhielt sich selbst bis in die späteste Kaiserzeit; allein in seiner ganzen Ausdehnung und Bedeutung tritt derselbe doch gerade in der gegenwärtigen („ersten") Periode und namentlich bei den eigentlichen Volksgerichten hervor". Dasselbe läßt sich auch von der zweiten Periode (quaestiones perpetuae) behaupten, wie Geib a. a. O. S. 301 dargethan hat, und namentlich von Cicero bestätigt wird. (Vergl. Cicero pro Flacco c. 39, de invent. I. c. 38.) Am entschiedensten trifft es in der dritten Periode zu. S. darüber unten §. 10 und Wächter im N. Archiv Bd. 13 S. 3 ff. „Man knüpft an die von den alten leges herausgehobenen Verbrechen durch Senatusconsulte, kaiserliche Rescripte und Edicte und durch Interpretation an, was etwa in den leges übergangen war oder an ihnen abgeändert werden sollte, und behandelt dieses neu Hinzugefügte so, als ob es schon in den alten leges gestanden hätte." S. auch noch a. a. O. S. 225—248. Geib a. a. O. S. 86.

nehme ich keinen Anstand, zu behaupten, daß in der angeblichen Unzulässigkeit des s. g. Generalisirens kein Hinderniß für die Annahme einer absoluten Strafbarkeit der Theilnahme gefunden werden darf.

§. 6.

Zu dem Gedanken, daß jede Theilnahme der Strafe unterlag, bestimmen mich zwei Momente, denen ich so große Bedeutung beilege, daß ich mich auf sie fast allein verlassen möchte, wenn es auch an speciellen Nachweisen (vgl. 7) fehlen sollte.

Vorerst ist es die allgemeine Formel: „cujus ope, consilio, cujus dolo malo id factum erit, quive id fieri jusserit faciendumve curaverit," welche in allen leges jud. publ. vorkommt[1]) und wodurch im Allgemeinen alle Fälle der Theilnahme bezeichnet werden[2]). Hiernächst kommt der Umstand in Betracht, daß nach und nach die delicta privata in crimina extraordinaria übergingen[3]), bei welchen ersteren es an klaren Beweisen einer Strafbarkeit der Theilnahme nicht fehlt (vgl. §. 7). Nun hat man aber gewiß mit Recht angenommen, daß jetzt eine accusatio in denselben Fällen, wie früher eine actio privata, erhoben werden konnte[4]), und dazu kommt, daß ein naher Zusammenhang zwischen der injuria (deren Theilnahme strafbar war, §. 7) und der Mehrzahl der

1) Vergl. Not. 6 zu S. 27.

2) Vergl. §. 7 sub 2. — Luden a. a. O. Bd. 1 S. 16. Platner im Archiv von 1843 S. 173.

3) Geib, Strafrecht I. 98. v. Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 S. 307—310. S. auch L. 92 D. 47. 2. L. 1 §. 3 D. 48. 9 und ein Beispiel unten S. 46, 47.

4) Zachariä a. a. O. Bd. 1 S. 150. Mathaeus, de criminibus p. 8.

crimina extraordinaria bestand [5]), so daß sich ergiebt, wie sehr man berechtigt ist, auf eine Bestrafung der Theilnahme bei crimina exordinaria zu schließen. Uebrigens vgl. §. 10.

§. 7.

Ich will nunmehr den Beweis meiner früheren Behauptung, daß sich im corp. jur. civ. fast bei allen Verbrechen eine Bedrohung der Theilnahme findet, vorlegen, und würde noch andere als die folgenden Belegstellen angeführt haben, wenn es mir nicht darum zu thun wäre, nur solche zu citiren, in Ansehung deren Beweistüchtigkeit sich nicht wohl Einwendungen erwarten lassen. Zuvor jedoch noch zwei Bemerkungen:

1) Ich habe nicht etwa behaupten wollen, daß in jeder von mir in diesem §. angezogenen Stelle jegliche Art der Theilnahme (Anstiftung, Beihülfe u. s. w.) speciell als strafbar

---

5) Dafür läßt sich z. B. anführen, daß die letzteren in den Pandecten unmittelbar hinter der Injurie ihren Platz gefunden haben, und mehrere derselben in den Justinianeischen Institutionen (und **Pauli** recept. sent.) in dem Titel de injuriis aufgeführt sind; ferner spricht dafür der Umstand, daß die Strafbarkeit bei vielen der crimina extraordinaria ausdrücklich auf das Dasein des Begriffs der injuria gegründet wird, wie z. B. bei den in L. 1 D. de extr. crim. vorkommenden. S. darüber Zachariä a. a. O. Bd. 1 S. 151. Andere Fälle des Zusammenhangs der injuria mit den crimina extraordinaria (wie der calumnia, Verunreinigung oder Beschädigung öffentlicher Brunnen und Wasserbehälter, si quis fimo corrupto aliquem perfuderit, coeno, luto obliniverit, L. 1 D. de extr. crim., desgleichen der Verstandesberaubung, des Eingebens eines poculum amatorium, widerrechtlicher Occupation ohne Gewalt, des crimen sepulcri violati, Directariats) sind besprochen ebendas. §. 86, 87.

Die Strafbarkeit des Stellionats beruhte darauf, daß man gegen den, der mit einer actio doli civilrechtlich belangt werden konnte, unter Voraussetzung einer schädlichen Rechtsverletzung eine accusatio auf öffentliche Strafe gestattete, wie aus den vom Stellionate redenden Stellen (Tit. 20 lib. 47 D., Tit. 34 lib. 9 C.) zu ersehen ist.

bezeichnet sei, sondern mitunter ist nur diese oder jene mit Strafe bedroht.

2) Die meisten Fälle dürfen aber von jeder Art verstanden werden, da die römische Terminologie eine Bezeichnung auf jegliche zuläßt (insonderheit auch die Kaiser es bekanntlich in ihren Ausdrücken so genau nicht nahmen [1]). In allen Theilen des Justinianeischen Rechtsbuchs sind z. B. die Ausdrücke „cujus ope, opera, consilio, dolo malo factum est" die allgemeinste Formel zur Bezeichnung **aller** Arten des Beistandes und der Anstiftung, auch hieß es schlechtweg „ope consilio," „opera dolo malo" oder gar nur „cujus dolo malo factum est [2]." So bedeuten ferner die Worte „qui causam dat criminis" bald die Handlungen des Anstifters und Gehülfen zusammen (und es wäre nach Einigen wohl darunter „die zur Verübung eines Verbrechens wesentliche und nothwendige Mitwirkung, ohne welche das Verbrechen nicht zu Stande gekommen wäre, zu verstehen"), bald bedeuten sie so viel als auctor schlechtweg [3]).

Nach diesen Vorbemerkungen lasse ich meine Belege für nachstehende Verbrechen folgen:

Tödtung: L. 53 §. 19 D. 47. 2. L. 1. 2. 6. 7 D. 48. 9. L. 15 D. 48. 8. (Vgl. Rein a. a. O. S. 187.)

Diebstahl und Raub: §. 8 I. 4. 1. §. 11 und 12 eod. L. 51 §. 1 u. 3 D. 47. 2. L. 53 eod. L. 27 §. 2 D. 48, 19 [4]).

---

1) Zachariä Bd. 1 S. 133.

2) Rein a. a. O. S. 186. (Zuweilen bezieht sich freilich diese Formel nur auf Anstiftung, nicht auf Beihülfe.)

3) Vergl. Rein a. a. O. S. 186, 187. — Ueber den Ausdruck auctor und socius werde ich mich gegen das Ende des §. 10 aussprechen.

4) Die Interpretation dieser Stelle s. unten.

Injuria: §. 11 I. 4. 4. L. 11 §. 4—6. L. 15 §. 2. D. 47. 10. L. 5 C. 9. 2. S. auch L. 34 D. 47. 10 und das in §. 6 Gesagte.

Verbrechen gegen die Gesundheit (wenn kein animus necandi vorlag) waren nach den Bestimmungen über Injurien zu behandeln [5]).

Plagium: L. 6 §. 2 D. 48. 15 und die Reihe von Citaten bei Rein S. 387 ff.

Entführung: §. 8 I. 4. 18. L. 54 C. 1. 3. L. un. §. 2 C. 9. 13. Nov. 143.

Sterilitatis procuratio: L. 1 C. 4. 42. Nov. 142 c. 1 und 2 (unglossirt [6])). Rein a. a. O. 423.

Abortus procuratio: vgl. L. 8 D. 48. 8 mit L. 38 D. 48. 19 [7]).

Stellionatus: s. das Ende der Note 5 zu §. 6.

Falsum: L. 2. L. 9 §. 3. L. 20 D. 48. 10.

---

5) Uebrigens vergl. Rein a. a. O. S. 399 ff.

6) Vergl. aber Biener im N. Archiv Bd. 10 S. 606 und Abegg a. a. O. S. 79 Not. 75. Das Verbrechen der sterilitatis procuratio ward durch Senatsconsulte in der Folge nach den Bestimmungen der L. Cornelia behandelt, so daß schon hieraus auf die Strafbarkeit der Theilnahme geschlossen werden kann. Arch. Bd. 11 S. 424, 425.

7) Danach war sowohl das Geben als das Nehmen der auf abortus hinwirkenden Mittel mit Strafe bedroht. Hieraus und aus dem Umstande, daß L. 8 cit. inmitten lauter Verbrechen steht, bei denen Theilnahme der Bestrafung unterlag, darf man wohl schließen, daß dieses bei der abortus procuratio auch der Fall war.

Daß die Theilnahme bei der Aussetzung eines Kindes bestraft worden sei, kann ich durch kein directes Zeugniß nachweisen. Ich zweifle aber nicht daran, denn in L. 4 D. 25. 3 heißt es: „necare videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is, qui abjicit, et qui alimonia denegat, et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet“, und Constantin sah im Allgemeinen Tödtung der Kinder (erwachsener und neugeborener) als parricidium an. Vergl. Rein S. 445.

Grenzverrückung: L. 2 D. 47. 21.

Calumnia: L. 1 §. 13. L. 15 pr. D. 48. 16. L. 34 §. 1 D. 48. 19. L. 2 §. 5 und L. 24 D. 49. 14. L. 5 C. 9. 2. Vgl. L. 1 pr. D. 48. 8.

Vergehen nach der L. Aquilia: L. 11 §. 1 und 2. L. 51 D. 9. 2.

Gewaltthätigkeit: L. 2 u. 3 D. 48. 7. L. 3 D. 48. 6. L. 8 C. 9. 12. L. 3 §. 8 D. 47. 9.

Ehebruch und stuprum: L. 8. L. 9. L. 14. L. 29 §. 2. L. 32 §. 1 D. 48. 5. L. 37 C. 9. 9 (unglossirt) Nov. 134 c. 10. Von Bedeutung ist auch die Theilnahme an der unerlaubten Trennung der Ehe nach Nov. 134 c. 11, womit zu vgl. Nov. 117 c. 9 u. 10. Päderastie s. L. 1 §. 2 D. 47. 11.

Pasquill: L. un. C. 9. 36. L. 5 §. 9 D. 47. 10.

Kuppelei: Nov. 14.

Concussio: L. 2 D. 47. 13.

Crimen repetundarum: L. 5 D. 48. 11, womit zu vgl. Rein S. 633.

Praevaricatio: L. 6 D. 47. 15 vgl. mit L. 7 eod.

Seditio, tumultus, turba: vgl. die zahlreichen, die Urheber und Gehülfen betreffenden Citate bei Rein S. 524. 525.

Ketzerei, Götzendienst: L. 8 C. 1. 5. L. 8 C. 1. 11. L. 5 C. 1. 7. L. 18 C. 1. 9.

Simonie: Nov. 123 c. 2 §. 1 u. c. 16.

Zauberei: L. 3 C. 9. 18. Vgl. auch L. 8 eod.

Peculatus: L. 1 C. 9. 28. L. 1 D. 48. 13.

Annona: L. 2 D. 48. 12.

Durchstechung der Nildämme: L. 1 C. 9. 38.

Brandstiftung: L. 1 D. 48. 8; vgl. auch Rein a. a. O. S. 187.

Crimen majestatis: L. 1 §. 1 D. 48. 4. L. 4 pr. L. 10 eod.; vgl. Rein S. 527, III.

Violatio sepulcri: L. 2 C. 9. 19. L. 2 D. 47. 12.

Münzverbrechen: L. 1 C. 9. 24.

Dienstvergehen verschiedener Art: Nov. 134 c. 1. 3. 9.

Daß beim crimen ambitus Theilnahme bestraft ward, beweisen die Bestimmungen über die sodalitia [8]).

Endlich mag noch angeführt werden der Fall der L. 7 §. 5 D. 2. 1 [9]).

§. 8.

Das bisher Gesagte dürfte wohl schon zu der Behauptung berechtigen, daß Theilnahme regelmäßig der Strafe unterworfen war. Will man aber mit der gemeinen Meinung annehmen, daß die Römer schon den bösen Willen bestraften, so wird man meine Behauptung noch weniger von der Hand weisen können. Denn dann wird man sagen müssen: jeder Theilnehmer hat den bösen Willen, daß das Verbrechen, an dem er sich betheiligt, wirklich begangen werde, diesen Willen (ohne den es überhaupt keine Theilnahme giebt [1])), legt er durch seine Theilnahme genügend an den Tag, es ist aber immer böser Wille, mag er sich durch diese oder jene Handlung zu erkennen gegeben haben [2]). Zu diesem Schlusse würde

---

8) Vergl. Rein a. a. O. S. 714 und das oben über Simonie Gesagte. Auch dürfte nicht ohne Bedeutung sein, daß in der älteren Zeit ambitus und crimen repetund. nicht genau gesondert wurden. Zumpt, Criminalrecht der röm. Republik. Berlin 1865. Bd. 1 S. 387. Cicero, de legib. III. 4. „Donum ne capiunto neve danto neve petenda, neve gerenda, neve gesta potestate" etc.

9) Ueber Meineid und suppositio partus später.

1) Bewußtes Zusammenhandeln ist erforderlich, eine culpose Theilnahme giebt es nicht. Berner, Die Lehre von der Theilnahme. Berlin 1847. S. 212 ff.

2) Vergl. Luden a. a. O. Bd. 2 S. 362.

man ebenso consequent kommen als Diejenigen, welche von dem s. g. subjectiven Standpunkte des römischen Strafrechts ausgehend den angeblichen Grundsatz einer regelmäßig gleichen Bestrafung der Urheber und Theilnehmer beweisen wollen [3]).

§. 9.

Vielleicht wird man sich aber mit dem, was ich bislang angeführt habe, dennoch nicht begnügen und mir entgegenhalten, daß trotz der vielen gegebenen, aber doch immer nur von einzelnen Verbrechen redenden Stellen (§. 7) es noch des Nachweises einer allgemein redenden Bestimmung, welche die Theilnahme überhaupt der Strafe unterwerfe, bedürfe, denn „nulla poena sine lege." Dennoch muß ich bei meiner Behauptung beharren, und hoffe, auch diese etwa dagegen erhobenen Bedenken zu beseitigen.

So oft man den Satz „nulla poena sine lege" auch aussprechen hört, ist er doch, wenn er wörtlich verstanden wird, durchaus unrichtig. Zwar muß zugegeben werden, daß der Staat das ihm zum Zweck der Aufrechthaltung von Recht und Ordnung nothwendig zukommende Strafrecht gerechterweise nicht anders als unter Voraussetzung einer positiv rechtlichen Norm, die eine Handlung mit einem Strafübel verknüpft, ausüben könne und dürfe; indeß diese Norm braucht kein Gesetz zu sein. Zu allen Zeiten und bei allen Völkern wird es strafrechtliche Normen gegeben haben, die nicht für

3) Aehnliche Andeutungen finden sich auch bei Rein a. a. O. S. 348, freilich blos in Bezug auf das crimen receptatorum, bezüglich dessen er bemerkt: „Zwar ließe sich vermuthen, daß, nachdem der subjective Standpunkt im römischen Recht zur Anerkennung gekommen war, welchem zufolge jeder böse Wille der That gleich geachtet wurde, das Hehlen auch bei andern Verbrechen als beim furtum als Gehülfs- oder Begünstigungshandlung mit Strafe belegt worden wäre" u. s. w.

solche ausdrücklich in einem Gesetze erklärt wurden (und daß es bei den Römern so gewesen, wird weiter unten von mir nachgewiesen werden [1])). Diese Normen hatten und haben noch jetzt dieselbe Gültigkeit wie die gesetzlich ausgesprochenen, sofern sie dem nationalen Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein entsprechen [2]). Der Grund aber, auf welchem die Gültigkeit der rechtlichen Volksüberzeugung selbst beruht, ist kein außerhalb der Sache liegender, sondern der, daß das Recht selbst etwas Nationelles ist und ohne seine unmittelbare Entstehung aus dem Bewußtsein des Volks auch die vermittelte durch die übrigen Rechtsquellen nicht denkbar wäre [3]). Die meisten Criminalisten erkennen Alles dieses auch an.

§. 10.

Um zu einer klaren Einsicht in die Sache zu gelangen, wird es durchaus erforderlich sein, verschiedene Zeitabschnitte in der Geschichte des römischen Strafrechts zu unterscheiden: nämlich eine Periode bis zu den quaestiones perpetuae, eine zweite, die Zeit während der letzteren, und als dritte Periode die Zeit nach den quaestiones perpetuae.

In der ersten gab es überhaupt wenige gesetzliche Bestimmungen, und wenn man hier nicht daran gedacht hat, die Strafbarkeit der Theilnahme gesetzlich allgemein auszusprechen,

---

1) S. auch Welcker, Letzte Gründe u. s. w. S. 574. Für einzelne Verbrechen erkennen die Criminalisten meine Behauptung mit großer Bestimmtheit an, z. B. in Ansehung des falsum, Rein S. 776 unter Berufung auf Cicero in Verrem. I. 42. Vergl. unten Not. 3 a. E. zu S. 27.

2) Und zwar tritt beim Strafrechte die Einwirkung der Volksansicht viel unmittelbarer hervor, als im Civilrechte, Puchta, Das Gewohnh.-R. Bd. 2 S. 242.

3) Puchta, Pandecten §. 11. Berner, Strafrecht §. 59. L. 32 §. 1 D. 1. 3, L. 35 eod.

darf uns das nicht wundern. Denn die zu Gericht saßen, waren zugleich die legislatorischen Organe des Staats. Das Volk in seinen Comitien hatte die Gesetze zu erlassen, deren Anwendung stand eben demselben Volke zu. Man betrachtete die Verhandlungen über jeden einzelnen Criminalfall immer wieder als Probe für die Zweckmäßigkeit des Gesetzes, sah daher die Rechtsprechung fast nur als Fortsetzung der Legislation an, von einem strengen Gebundensein durch das, was man früher angenommen hatte, von einer Anwendung des Gesetzes seiner selbst wegen konnte mithin keine Rede sein [1]. Dieser Zustand verhinderte natürlich nicht, daß sich feste Regeln bilden konnten, mochten sie auch nicht die Form von Gesetzen haben. Begreiflich wandte man solche Behandlung der Strafsachen, welche sich als nützlich und dem Volksgeiste entsprechend bewährten, immer wieder an, und so entstanden feste Regeln, ohne daß man sich dessen stets auch genau bewußt wurde. Daß man in dieser Zeit insonderheit schon die Theilnahme mit Strafe belegte, möchte ich aber aus dem Grunde nicht bezweifeln, weil es an deutlichen Beweisen dafür in Ansehung der zweiten Periode nicht fehlt. Diese Behauptung wird auf den ersten Blick grundlos erscheinen, ist es in Wirklichkeit jedoch nicht.

In der zweiten Periode veränderte sich der soeben geschilderte Zustand zwar insofern erheblich, als die Aburtheilung der Strafsachen nicht mehr vom Volke selbst ausging, sondern ständigen Commissionen, quaestiones perpetuae genannt, zugewiesen war, und aus diesem Grunde Gesetze [2])

---

1) Cicero, de invent. I. 38. Geib, Gesch. des röm. Crim.-Proc. S. 126 ff.

2) Die Richter waren, wie man gewöhnlich annimmt, streng an die Gesetze gebunden. Doch ist dieser Satz nicht ohne Modification. Geib a. a. O. S. 301.

erforderlich wurden; allein man darf nicht glauben, daß letztere durchaus nur neue Bestimmungen enthielten. In Ansehung einzelner ist dieses auch von unseren Criminalisten bereits mehrfach behauptet worden, wie z. B. rücksichtlich der Sullanischen [3]), welche die Grundlage der späteren Legislation wurde, und es findet sich in dieser Periode nicht bloß materielles Recht [4]) der früheren wieder, sondern auch dieselbe Procedur [5]). In allen leges, insonderheit in denen, von welchen L. 1 D. 48. 1 [6]) redet, finden wir nun gerade auch die Theilnahme als strafwürdig bezeichnet, zum Theil durch die schon oben (§. 6) angedeutete Formel.

Aus dem Gesagten ergiebt sich, wie vertraut die Römer mit dem Gedanken der strafbaren Theilnahme waren. Auch

---

3) Vergl. hierüber Rein a. a. O. S. 123 Not. *** und das daselbst über Köstlin Gesagte. Luden a. a. O. Bd. 1 S. 73: „In dem Zeitraume, der zwischen den XII tab. und der Sullaischen Gesetzgebung liegt, müssen daher wohl bedeutende Veränderungen vor sich gegangen sein mit dem Criminalrechte. Denn es ist kaum zu denken, daß Sulla, so unumschränkter und willkürlicher Machthaber er auch sein mochte, mit einem Male den alten Standpunkt verlassen — — haben sollte. — Es ist vielmehr wahrscheinlich, — — daß dieser Schritt bereits vorbereitet war durch Theorie und Praxis, und daß Sulla in seiner Gesetzgebung nur weiter ausführte, was bereits vor ihm vorhanden war.“ In Ansehung des falsi sagt uns deutlich Cicero in Bezug auf die L. Cornelia: non jus aliquod novum constitutum esse, sed sancitum, ut quod semper facinus fuerit etc. (in Verrem. I. 42).

4) S. Roßhirt im Archiv Bd. 11 S. 428 c.

5) Vergl. Geib, Geschichte des röm. Crim.-Proc. S. 137, 145, 254, 257, 289.

6) Geib, Strafr. I. 88. Hierher gehören: die L. Cornelia de fals., desgleichen de sicar. und de injuriis, Lex Licinia über sodalitium (vergl. Rein a. a. O. S. 714; Geib, Strafrecht Bd. 1 S. 44), Lex Pompeja de parric., Lex Fabia de plagiar., L. Julia repetund., L. Julia de annona, Lex Julia majest., Lex Julia de vi, L. Julia peculat., Lex Julia de adult.

darf aus dem Umstande, daß die Strafe der Theilnahme in einzelnen Gesetzen immer wieder ausgesprochen ward, keineswegs der Schluß gezogen werden, daß es keinen desfallsigen allgemeinen Grundsatz gegeben habe. Eben in der häufigen Erscheinung liegt das deutliche Zeichen seiner Existenz [7]). Man darf nicht übersehen, daß jede quaestio perpetua sich immer nur auf ein einzelnes bestimmtes Verbrechen bezog. Das gesammte Criminalrecht wie der gesammte Criminalproceß zerfiel eigentlich in ebenso viele Criminalgesetzbücher und Criminalproceßordnungen, als verschiedene quaestiones perpetuae vorkamen, jede der letzteren hatte nur darüber zu entscheiden, ob gerade ihr Strafcodex, d. h. die specielle Lex, deren Handhabung gerade ihr zugewiesen war, übertreten sei [8]). Daher fand eine Berücksichtigung von Handlungen, die in das Gebiet einer anderen Lex fielen, nicht Statt, und es war unthunlich, auf alle Arten von Verbrechen bezügliche allgemeine Bestimmungen aufzunehmen.

Nach dem Aufhören der quaestiones perpetuae wurden die Verbrechen extra ordinem bestraft. Die Richter waren jetzt sehr frei gestellt. „Zurücktreten der Legislation; Uebergewicht der Doctrin und des Gerichtsgebrauchs: überall das Bestreben, den aus dem Zerlegen der alten Collectivverbrechen erwachsenen leges eine weitere Ausdehnung zu verschaffen — gleichsam von dem Centrum derselben ausgehend ihnen eine

---

7) Roßhirt im Arch. Bd. 11 S. 376 bemerkt, daß die Pönalcodices — wie er die leges publ. nennt — „dermaßen in einem Geiste gemacht sind, daß man nicht nur ein allgemeines Bild der Criminalprocedur jederzeit daraus abstrahirt hat, sondern auch sicher gemeinsame Grundsätze des Strafrechts selbst darin niedergelegt“ findet. Weitläufiger ausgeführt wird Letzteres von Köstlin, Lehre vom Mord und Todschlag S. 97 und 98.

8) Geib, Gesch. des Crim.-Proc. S. 361. Ferratius, epist. I. 7.

immer größere Peripherie zu geben — und eben damit denn jene ursprüngliche Isolirtheit und Zusammenhangslosigkeit dieser leges zu beseitigen, resp. sie in dem Grade einander näher zu bringen, daß die äußersten Grenzen derselben sich gewissermaßen berührten und, wenigstens in Verbindung mit den in immer bedeutenderer Zahl hervortretenden crimina extraordinaria, sie ein zusammenhängendes und organisch gegliedertes Ganze ausmachten [9])." In den Aussprüchen der Staatsgewalt giebt sich ein fast beständiges Verweisen der Richter auf die Verhältnisse des einzelnen Falles, auf alle, auch die geringsten Nebenumstände des Verbrechens zu erkennen, wodurch als Fundamentalregel hingestellt wird, für eine und dieselbe Handlung solle nicht etwa eine pro omni bestimmte, sondern nach den jedesmaligen Verhältnissen eine bald härtere, bald mildere Strafe verhängt werden [10]). Ja, die Freiheit der Gerichte und Doctrin ging so weit, „daß man auch da, wo allenfalls die alten leges eine bestimmte Strafe vorgeschrieben hatten und an und für sich selbst noch als wirklich geltendes Recht anerkannt wurden, dessen ungeachtet keinen Anstand nahm, sich über diese Strafe hinwegzusetzen und irgend eine andere, namentlich sogar die Todesstrafe, an deren Stelle treten zu lassen." (Es galt solches sogar in Ansehung kaiserlicher Constitutionen, L. 1 §. 3 D. 47. 14.) Und noch mehr! Man trug kein Bedenken, dem Gerichtsgebrauche die Befugniß einzuräumen, „alle diejenigen Handlungen für Verbrechen zu erklären, und ohne Weiteres selbst mit den härtesten Strafen zu belegen, welche kraft einer übereinstimmenden Volksansicht als strafbar erschienen, obgleich

9) Geib, Strafrecht I. S. 80.

10) L. 7 §. 1 D. 37. 14, L. 1 §. 2 D. 37. 15, L. 4 §. 1 D. 47. 9, L. 11 D. 47. 11, L. 14 §. 2 D. 48. 3, L. 3 D. 48. 16, L. 11 pr., L. 16 §. 1, L. 37 D. 48. 19.

freilich weder die alten leges, noch irgend ein neueres Gesetz dieselben in die Reihe der eigentlich unerlaubten Handlungen aufgenommen hatte[11])". Freilich in der zweiten Hälfte dieser Periode waren die Kaiser bemüht, die freie Stellung der Richter dermaßen in eine gebundene zu verwandeln, daß sie sich an die überlieferten Gesetze der Vorzeit halten, nöthige Neuerungen und Auslegungen aber von der Legislation ausgehen sollten, wie denn auch eine Reihe von kaiserlichen Bestimmungen erschien. Allein dessen ungeachtet dauerte wenigstens noch immer jene Unbestimmtheit der Gesetze fort, und jene Aussprüche, durch welche die Richter geradezu angewiesen wurden, je nach den Umständen des einzelnen Falls geringer oder härter zu strafen, sind mit in die Justinianeische Sammlung aufgenommen.

So gut sich in dieser Periode die criminelle Strafbarkeit der culpa auf dem Wege des Gerichtsgebrauchs entwickeln konnte[12]), eben so gut war dieses in Ansehung der absoluten Strafbarkeit der Theilnahme möglich oder, richtiger gesagt, es war viel eher zu erwarten, denn die Richter schufen nichts Neues, wenn sie die vorkommenden Fälle der Theilnahme regelmäßig als strafbare behandelten. Daß man Letzteres, und zwar im Einverständnisse mit der Staatsgewalt, wirklich that, beweisen uns die beiden gleich weitläufiger zu besprechenden Stellen, welche dadurch noch mehr Bedeutung erhalten, daß sie sich gerade in dem Titel „de poenis" (in den Pandekten wie im Codex) finden.

In der L. 16 D. 48. 19 heißt es: „Claudius Saturninus libro singulari de poenis paganorum. Aut facta

---

11) Geib, Gesch. des röm. Crim.-Proc. S. 660 ff. L. 9. 10, D. 47. 11, L. 3 §. 2 D.

12) Vergl. Rein a. a. O. S. 164 und meine Erörterungen in §. 15.

puniuntur, ut furta caedesque, aut dicta, ut convicia et infidae advocationes, aut scripta, ut falsa et famosi libelli, aut consilia, ut conjurationes, et latronum conscientia, quosque alios suadendo juvisse sceleris est instar." Hier zählt der Jurist, welcher in den vorstehenden Worten von der absoluten Strafbarkeit handelt[13]), vier Arten der strafbaren Handlungen auf: facta, dicta, scripta und solche, welche wir als Theilnahme bezeichnen[14]). Meines Erachtens gehen die Worte „consilia, ut conjurationes" etc. nicht etwa blos auf intellectuelle Urheberschaft, sondern auch Beihülfe. Zachariä[15]) nimmt Letzteres nicht an, nach ihm verstanden die römischen Juristen unter consilia theils das Complott, die verbrecherische Mitwissenschaft (hierauf gehen die Ausdrücke: consilium inire, qui coierint, auch conscii), theils die Anstiftung (cujus ope, consilio, opera, dolo malo factum fuerit, qui curaverit, aliquid fieri sollicitaverit, concitaverit), ich habe ja aber in §. 7 sub 2 bereits nachgewiesen, daß man dabei nicht stehen zu bleiben braucht[16]), insonderheit braucht man es hier nicht

13) Erst in dem §. 1 L. cit. wendet er sich zu der uns hier noch nicht interessirenden relativen Strafbarkeit.

14) Er hätte — sagt Zachariä a. a. O. Bd. 1 S. 136 — noch hinzufügen können: cogitationis vero poenam nemo patitur, „um der absoluten Strafbarkeit auch die nöthige negative Grenzbestimmung zu geben".

15) a. a. O. Bd. 1 S. 137 ist wenigstens von Beihülfe nichts gesagt.

16) Ich beziehe mich hier außerdem auf Mathaeus, de crimin. p. 9 und 10 und besonders auf Birnbaum im Archiv von 1842 S. 21, wo es wörtlich heißt: „Das Wort consilium bezeichnet freilich viel, oder es war vielmehr ein allgemeiner Ausdruck eben für das, was unsere Neueren mit dem weder deutschen noch lateinischen Worte intellectuell bezeichnen, und wie die Neueren dieses gebrauchen, um sowohl eine Art der sogenannten Urheberschaft, als eine Art der Beihülfe auszudrücken, so gebrauchen jenes die Römer von dem, qui persuadet et impellit sowohl, als von dem, qui instruit consilio. Das Letztere

wegen der nachfolgenden Worte „conscientia .... bis instar“. Glaubt man aber auch die Worte unserer L. 16 nicht auf Beihülfe beziehen zu dürfen, so wird die Sache deshalb doch nicht anders, weil nie geleugnet werden kann, daß Theilnahme, welche sich in Beihülfe äußerte, mit Strafe belegt wurde, und der Jurist es also nur darin versehen haben würde, daß er sich bei der Aufzählung der Theilnahmshandlungen nicht erschöpfend ausdrückte [17]). So viel steht fest, daß er Theilnahmshandlungen als in den Kreis der absoluten Strafbarkeit fallend bezeichnet hat. Für durchaus unrichtig halte ich es, wenn Zachariä behauptet, von einer gesetzlichen Bestimmung, nach welcher eine jede Anstiftung Strafe getroffen hätte, finde sich keine Spur [18]), namentlich könne unsere Stelle

---

nannten sie auch suadendo adjuvare, das in L. 16 pr. D. unter die punienda consilia gezählt wird, und gewiß fühlten sie den Unterschied von persuadere eben so gut, als wir den Unterschied einsehen, der zwischen Helfen durch Rathertheilung und dem Ueberreden besteht. Es heißt sogar in L. 1 §. 3 D. de servo corrupto: Persuadere plus est quam compelli atque cogi sibi parere, und dies läßt uns dann auch nicht zweifeln, daß sie zwischen dem, was persuadere ausdrückte, oder dem hortari ad faciendum und dem bloßen instruere consilio oder suadendo adjuvare den Unterschied sehr gut begriffen“ u. s. w.

17) Gewissermaßen giebt Zachariä dieses selbst zu, indem er a. a. O. S. 136 sagt, daß auch andern Juristen die Saturninische Ansicht über die absolute Strafbarkeit vorschwebte und als erste Belegstelle hierfür den Ausspruch Ulpian's in L. 53 §. 19 D. 47. 2 anführt: „Neque verbo, neque scriptura quis furtum facit. Hoc enim jure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat, quare et opem ferre et consilium dare tunc nocet, quum secuta contrectatio est.“ Hier ist gewiß kein Bedenken, die Worte des letzten Satzes sowohl auf physische als intellectuelle Beihülfe resp. Anstiftung zu beziehen.

18) So wenigstens verstehe ich seine Worte a. a. O. Bd. 2 S. 109, 115 Not. 1. Aber vergl. unten §. 16, wo ich von dem Anfange der Strafbarkeit der Anstiftung geredet habe, in welcher Beziehung ich völlig mit Zachariä übereinstimme.

dafür nicht angeführt werden, denn wenn hier unter den Gegenständen der Bestrafung auch genannt werden consilia, conjurationes etc., so hieße dieses doch nur, „daß Fälle vorkommen, wo diese Handlungen bestraft werden“, überhaupt aber könne die Bedeutung einer solchen allgemeinen Aeußerung nur aus den einzelnen, ihre Grundlagen bildenden, gesetzlichen Bestimmungen ermittelt werden. Dieser Argumentation steht entgegen, daß es nicht etwa einige oder die meisten der als Verbrechen sich darstellenden Fälle sind, bei denen die einschlagenden speciellen Bestimmungen auch der Theilnahme, insonderheit der Anstiftung, als der Strafe unterliegend erwähnen, sondern sämmtliche[19]) mit ganz geringen Ausnahmen[20]), und Zachariä selbst bemerkt an einem andern

---

19) Ich verweise auf meine Belege in §. 7.

20) Von Ausnahmen kann eigentlich nicht einmal die Rede sein, es ist mir nur nicht gelungen, andere deutlich redende Belegstellen, als in §. 7 angeführt sind, aufzufinden, womit natürlich nicht gesagt ist, daß mehr nicht existiren. Und es fehlt in der That doch fast kein Verbrechen in meiner Aufzählung. Ferner darf nicht vergessen werden, daß der Mangel eines die Bestrafung der Theilnahme ausdrückenden Quellenzeugnisses mitunter seinen besondern Grund hat, und trotzdem in gewissen, ausdrücklich zwar nicht hervorgehobenen Fällen doch an dieser Bestrafung nicht zu zweifeln ist. So z. B. verhält es sich mit dem Meineide und der suppositio partus. War der Meineid mit einem andern Verbrechen verbunden, z. B. mit Stellionat oder falsum, so wurde dieses Verbrechen bestraft und der Meineid nicht berücksichtigt, z. B. L. 4 D. 47. 20, was auch ohne Meineid Stellionat war. L. 2 C. 9. 34. Rein a. a. O. S. 798. Falsches Zeugniß hing in der Regel mit Meineid zusammen, gleichwohl wurde auf letzteren keine Rücksicht genommen, sondern das falsum an sich bestraft. Rein a. a. O. Falsum ist auch die Unterschiebung eines Kindes, und Rein a. a. O. S. 791 nimmt an, daß sowohl die ihren Mann täuschende Frau, welche das Kind unterschob, als dritte Personen, die solches thaten, die Strafe des falsum (jedoch nach Befinden) erhielten. So fiel auch Nothzucht früher unter vis bezw. injuria. Rein a. a. O. S. 868.

Orte[21]), wenn man die zahlreichen Aeußerungen über die Strafbarkeit der Anstiftung bei den einzelnen Verbrechen zusammennehme, so lasse sich nicht verkennen, „daß dieselbe wohl bei den meisten Verbrechen mit verschiedenen Modificationen bestraft worden sei". Endlich aber steht ihm die sehr bestimmt und ganz allgemein redende L. 5 C. 9. 2 entgegen.

Die zweite Stelle L. 22 C. 9. 47 lautet: „Impp. Arcadius et Honorius A. A. Eutychiano Pf. P. Sancimus ibi esse poenam, ubi et noxia est. Propinquos, notos familiares procul a calumnia submovemus, quos reos sceleris societas non facit; nec enim affinitas vel amicitia nefarium crimen admittunt. Peccata igitur suos teneant auctores, nec ulterius progrediatur metus, quam reperiatur delictum. Hoc singulis quibusque judicibus intimetur. Dat. VIII. Kal. Augusti. Constantinop. Theodoro V. C. Cons." (399.)

Hiernach unterliegt, wer immer an einem Verbrechen wirklichen Antheil nimmt, der Strafe, denn er ist socius sceleris, und so wenig man in Ansehung seiner würde sagen dürfen „non reperitur delictum", ebensowenig würde sein Vertheidiger für ihn anführen können, daß der Ausdruck „auctores" nicht auf ihn passe. Diese Auslegung resp. Untersetzung unserer Stelle bedarf jetzt einer weiteren Rechtfertigung:

Nach den von Birnbaum u. A. angestellten Untersuchungen und sehr bestimmten Nachweisungen schließt das Wort societas, socius im strafrechtlichen Sinne mehr oder weniger sich an den civilrechtlichen und den des täglichen Lebens an, ist demgemäß nicht gerade von Gehülfen, sondern überhaupt von Gefährten und Genossen zu verstehen. Es

21) a. a. O. Bd. 2 S. 109.

kommt vor in Verbindung mit delictum, facinus und crimen, und drückt zwar wohl in letzterer Hinsicht mehr die Idee eines Zusammenfindens in einer Untersuchung als der Theilnahme an einem und demselben Verbrechen aus, indeß da crimen, sowohl als scelus, oft für Schuld steht, so läßt sich societas sceleris einfach für den Begriff der Mitschuld ausdrückend ansehen, wie auch nicht selten socius (desgleichen consors, conscius, particeps und das complice der Franzosen) gegenüber dem factor oder Hauptschuldigen, den Mitschuldigen bedeutet und socius und societas den Thäter selbst mit begreift. Den Beweis hierfür findet Birnbaum[22]) gerade in unserer L. 22 de poen., in welcher der Satz aufgestellt werde, „eines Verbrechens wegen könne Niemand als diejenigen bestraft werden, quos reos[23]) sceleris societas facit, oder Strafe könne nur eintreten, ubi est noxia, wonach also als socii alle Schuldigen betrachtet werden, die der Römer sonst als noxii, nocentes, facinorosi bezeichnet". Wo dagegen die socii dem reus entgegengesetzt werden, bedeute das Wort die Mitschuldigen mit Ausnahme des Thäters. In besonderer Bedeutung von Gehülfen kommen socii niemals vor.

Nur in einem Punkte dürfte Birnbaum sich irren, wenigstens dann kann dieses behauptet werden, wenn er seine

22) Vergl. dessen gründlichen Aufsatz „von dem Begriffe von socius in den Quellen des römischen Strafrechts" im N. Archiv Jahrg. 1842 S. 29—33, 39.

23) Das Wort reus bezeichnet nach Birnbaum a. a. O. S. 31 oft vorzugsweise den Thäter und particeps, sowie conscii, consortes und im Französischen complices, bald alle Mitschuldigen, den Thäter mit inbegriffen, bald die Mitschuldigen außer dem Thäter, und zwar meistens das Letzte, indem es öfter eine weisliche Theilnahme an der That, nicht blos an der Schuld anzudeuten scheint. L. 14 D. 29. 5, L. 3 C. 9. 42, L. 3 C. 1. 9, L. 11 C. 4. 20, L. 6 §. 4 C. 1. 12 („socii seu participes als in iisdem causis obnoxii nebst der persona principalis genannt").

zuletzt mitgetheilte Behauptung so verstanden wissen will, daß der socius nie als Gehülfe erscheinen könnte[24]). Denn, wenn socius Gefährte und Genosse überhaupt ist, so muß doch auch der thätige, helfende Genosse darunter verstanden werden können.

Es kommt nun schließlich noch darauf an, das Wort auctor näher zu betrachten.

Man ist versucht, dabei an den Thäter zu denken, indeß diesen bezeichnen die Römer mit factor, malefactor oder, nach Beschaffenheit der einzelnen Verbrechen, z. B. aggressor, percussor, raptor, contrectator[25]) etc. Unter auctor wird in vielen Fällen der Anstifter verstanden, wo aber das Wort noch eine andere Bedeutung hat, da bezeichnet es doch nicht den Thäter oder „den, welchen die Neueren Urheber nennen, als vielmehr überhaupt den Schuldigen". Auch bei dieser Erklärung Birnbaum's knüpft derselbe wieder an L. 22 C. cit., in welcher gerade wie das Wort socius, so auch auctor eine allgemeine Bedeutung habe, indem „peccata suos teneant auctores" in Verbindung mit dem vorhergehenden „ibi esse poenam, ubi et noxia, procul a calumnia submovemus, quos reos sceleris societas non facit" weiter nichts heiße als: die Strafe soll den Schuldigen treffen.

Daß durch unsere L. 22 meine obige Behauptung vollkommen bestätigt sei, zumal die Kaiser hier nicht etwa nur einen speciellen Fall entschieden haben, sondern durch den Schlußsatz der von ihnen gegebene Ausspruch als ein zur allgemeinen Nachachtung ertheilter erscheint, dürfte allem Gesagten nach nunmehr außer Zweifel sein.

---

24) So ist auch Rein's Auffassung der Aeußerung Birnbaum's. Vergl. den Ersteren a. a. O S. 198.

25) Vergl. z. B. L. 1 §. 21 D. 29. 5 („conscii vel factores") mit L. un. C. 9. 13 („raptor et conscii, comites, qui eis auxilium praebuerint" etc.).

Von der relativen Strafbarkeit der Theilnahme am Verbrechen.

§. 11.

Ich habe bereits oben (z. B. im §. 3) mehrmals angedeutet, wie die gemeine Meinung die Frage wegen der Strafzumessung dahin beantwortet, daß nach dem subjectiven Standpunkte, den das römische Recht behaupte, die Strafe aller Theilnehmer dieselbe wie die des Thäters gewesen sei und folgerichtig habe sein müssen. Die Consequenz würde sich wohl nicht leugnen lassen, da wir indeß viele Spuren einer ungleichen Bestrafung von Thätern und Gehülfen finden, so erheben sich Zweifel, ob es denn wirklich mit dem angeblichen subjectiven Standpunkte, von welchem die Römer bei Bestimmung der Strafbarkeit ausgegangen sein sollen, seine Richtigkeit habe.

Die Sache ist schon mehr als einmal zur Sprache gebracht. So z. B. führen in der Lehre vom Versuche die Autoren viele und die bedeutendsten Sätze, die sie den Römern zuschreiben, gerade auf den Grundsatz, daß die Strafe von letzteren nach dem subjectiven Gesichtspunkte zugemessen werde, zurück. Das Princip einer Bestrafung nach der subjectiven Rücksicht wird auch ausdrücklich von Denen, die es vertheidigen, aus dem angeblichen Umstande, daß der böse Wille wie die Vollendung der That bestraft sei, zu begründen versucht. Dagegen erklärten sich aber schon Juristen des Mittelalters und später Bynkershoek[1]) in Uebereinstimmung mit Nordkerk[2]): — — „ne, ut vulgo, credamus, juris Romani regulam esse, in omnibus criminibus animum pro facto ac-

1) Observat III. c. 10.
2) Observ. c. 10. Amstelod. 1731. p. 181.

cipi" — — —. „Sic potius est habendum: voluntas in criminibus, quaecunque tandem illa sint, non punitur, nisi si qua lege id specialiter placuerit." — — „et magna cautione opus est, ne haec temere extendamus".

§. 12.

Die nächste Veranlassung zu der Annahme, daß die Römer vorzugsweise auf das Erscheinen des bösen Willens Rücksicht genommen haben, sind verschiedene im corp. jur. civ. und in den Schriften römischer Autoren vorkommende Stellen geworden, welche bei näherer Erwägung übrigens durchaus nicht zur Rechtfertigung jener Annahme hinreichen und um so weniger nöthigen können, derselben beizutreten, als sie, wörtlich und in dem Sinne, wie die Gegner es wollen, verstanden, mit zahlreichen andern Stellen in Widerspruch treten würden, zu geschweigen vieler anderer Gründe, von denen ich in den nachstehenden Paragraphen die wichtigsten vortragen werde.

Daß die Römer nicht von Anfang an den subjectiven Standpunkt eingenommen haben, sondern vielmehr den objectiven, wird ziemlich allgemein zugegeben.

Nach dem ältesten Recht wurde z. B. Derjenige, der einen Andern animo necandi verletzt hatte, ohne ihn zu tödten, nicht wie ein homicida bestraft wegen dieser Absicht (sondern er machte sich eines eigenen Vergehens schuldig). Wer aber die Verletzung zufügte ohne jene Absicht, erlitt dieselbe Strafe. „Daraus folgt" — nach Luden a. a. O. Bd. 1 S. 66 — „aber ferner, da die Absicht nicht berücksichtigt wird, selbst wo sie sich in verletzenden Handlungen äußert, daß sie noch weniger berücksichtigt sein könne, wenn sie sich zwar in Handlungen zu erkennen gegeben hatte, aber

in solchen, die gar keinen verletzenden Charakter an sich trugen. Nur das Objectiv-Verletzende macht sie zum Verbrechen."

Der Grundsatz der subjectiven Strafbarkeit zeigt sich nach der gemeinen Meinung entschieden in der Sullaischen Gesetzgebung. Rein[1]) nimmt an, daß „die Elemente" des subjectiven Standpunkts schon in den 12 Tafeln liegen und sich bei den Fortschritten, die das Rechtsbewußtsein und die politische Bildung des Volks gemacht hatte, langsam, aber stetig entwickelt haben, wozu die Discussionen der Redner bei den Volksgerichten und die Untersuchungen der Juristen einen „Hauptanstoß" gegeben haben dürften. Indeß, obgleich Sulla's Gesetze nicht lauter Neues eingeführt haben, ist doch auf der andern Seite nicht zu verkennen, daß sie ihrer Zeit und deren freilich auch nicht plötzlich entstandenen Verhältnissen Rechnung tragen. Als sich Sulla nach den Kämpfen mit der Demokratie und deren Besiegung zum Herrscher Roms gemacht hatte, mußte er einsehen, daß es zur Beseitigung der Anarchie und Herstellung und Befestigung dauernder besserer Zustände unerläßlich sei, eine in die Gesetzgebung des Staats tief eingreifende Reformation vorzunehmen, denn manche der bisherigen Bestimmungen hatten sich doch als unzeitgemäß herausgestellt. Insbesondere machte sich die Forderung neuer Gesetze geltend im Strafrechte, damit der in Folge der während der bürgerlichen Unruhen herrschenden Anarchie entstandenen Sittenlosigkeit, Rohheit und Unsicherheit nachdrücklich gesteuert werde. Schaaren von Banditen (sicarii), die sich zur Zeit der Proscriptionen gebildet hatten und geflissentlich groß gezogen waren, bedrohten die Sicherheit des Publikums, Dolch und Gift waren an der Tagesordnung, und die bisherigen Gesetze über den Mord nicht hinreichend, gegen diese Uebel-

1) S. dessen röm. Strafr. S. 66 und 123.

stände Abhülfe zu schaffen. Daher trat die L. Cornelia de sic. in's Leben, nach welcher allerdings

„qui hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit"[2])

und

„qui venenum malum necandi hominis causa fecerit, vel vendiderit, vel habuerit[3])"

gerade so mit Strafe bedroht wird, wie der, welcher einen Menschen telo oder veneno aus dem Leben geschafft hat.

Dagegen sehen wir, daß bei anderen nach derselben L. Corn. mit Strafe bedrohten Handlungen die Vollendung der That vorausgesetzt wird. Wäre die Sullaische Gesetzgebung wirklich von dem Grundprincipe der subjectiven Strafbarkeit ausgegangen, welches die Vertheidiger der desfallsigen Ansicht vorzüglich in den citirten Stellen ausgesprochen finden, so hätten consequent alle Handlungen, welche diese Juristen als strafbaren Versuch bezeichnen, bei allen Verbrechen mit der Strafe des vollendeten Delicts bedroht sein müssen. Das ist aber nicht der Fall[4]), z. B. „verlangt das Gesetz bei der Brandstiftung ein incendium factum, ohne die Anschaffung von Brennmaterialien (wie bei der Vergiftung die Anschaffung und Bereitung von Gift), für strafbar zu erklären[5])". Ferner ist auch in der späteren Gesetzgebung, als deren Grundlage die des Sulla erscheint, nicht jenes angebliche Princip der subjectiven Strafbarkeit enthalten,

---

2) L. 1 D. 48. 8. Rein a. a. O. S. 409 bemerkt: „Es heißt aber cum telo ambulare nicht „Waffen tragen" — —, sondern es heißt auflauern in mörderischer Absicht, aufpassen, was der Ankläger aus den Nebenumständen u. a. Thatsachen beweisen muß.

3) L. 3 eod.

4) Zachariä a. a. O. Bd. 1 S. 117.

5) Zachariä a. a. O. Bd. 1 S. 115.

auch sie hat nicht für alle Versuchshandlungen Strafe angeordnet. „Dies gilt vor Allem von der L. Julia de adulteriis. Schon die Worte des Gesetzes: Ne quis posthac stuprum adulteriumve facito sciens dolo malo[6]) weisen darauf hin, daß eine wirkliche Geschlechtsvereinigung Statt gefunden haben müsse, auch ist in keiner Stelle der Digesten und des Codex von Bestrafung eines bloßen Versuchs nach der L. Julia de adult. die Rede. Ebenso war das Tödtungsrecht des Vaters und Ehegatten auf jene Voraussetzung gegründet[7])." Ferner bedrohte die L. Corn. de fals. denjenigen mit Strafe, qui testamentum falsum scripserit, recitaverit, signaverit sciens dolo malo, cujusve dolo malo id factum erit[8]), aber es sind nur diese besonders hervorgehobenen Handlungen, welche der Strafe unterliegen, denn nach L. 6 D. 48. 10 ist z. B. anzunehmen, daß alle auf Testamentsfälschung gerichteten Handlungen straflos, wenn die Formalien des Testaments nicht vollzogen waren. Sicherlich konnte aber um des Mangels der letzteren willen an dem Vorhandensein des anzunehmenden bösen Willens nicht gezweifelt werden, noch weniger in dem von Papinian in L. 13 §. 1 D. 48. 10 gedachten[9]) Falle. Desgleichen finden wir, daß nach der L. Julia de vi und deren interpretatio durch die Praxis zwar gewisse Versuchshandlungen der Strafe unterliegen, aber es giebt keine allgemeine Bestimmung, daß es in

---

6) L. 12 D. 48. 5.

7) L. 23 D. 48. 5. „— — — in ipsis rebus Veneris deprehensum occidi: et hoc est, quod Solon et Draco dicunt, ἐν ἔργῳ." L. 25 eod. — — in uxore sua deprehensum.

8) L. 2 D. 48. 10. Vergl. auch Paul. sent. sec. lib. 4 tit. 7 §. 1 und 2, lib. 5 tit. 25 §. 1.

9) — — quoniam in Corneliam, falso recitato, non facto, non incidit.

allen Fällen so sein solle[10]). Daher kann z. B. derjenige nicht gestraft werden, der conatus est villam expugnare, wenn seine Handlung nicht einen der im Gesetze ausdrücklich bedrohten Fälle ausmacht, noch weniger derjenige, „qui arma cogere conatus est[11])". Nach dem Grundsatze der subjectiven Strafbarkeit müßte es entschieden umgekehrt sein.

Das Gesagte wird hinreichen, zu zeigen, daß das angeblich die ganze Sullaische Gesetzgebung durchziehende Princip sich nicht behaupten läßt; die Bestimmung, daß nicht blos das vollendete Verbrechen, sondern auch Handlungen, die nach der heutigen Sprache der Wissenschaft zu den Versuchshandlungen gerechnet werden, mit Strafe zu bedrohen und zu belegen seien, findet sich vielmehr nur da, wo die oben geschilderten Zustände es nothwendig erforderten, und mit Rücksicht auf solche Fälle sagten dann die Juristen:

„in lege Cornelia dolus pro facto accipitur" (L. 7 D. 48. 8)[12]),

welcher Satz von den Vertheidigern des subjectiven Standpunkts ebenfalls als solchen bestätigend angeführt wird, ebenso wie:

„Qui hominem occiderit aliquando absolvitur, et qui non occidit, ut homicida damnatur: consilium enim uniuscujusque non factum puniendum est[13])".

Ganz besonders ist es auch noch der Ausspruch eines

---

10) Cropp, de praeceptis jur. Rom. circa puniend. conatum. Heidelb. 1813. p. 52.

11) Zachariä a. a. O. Bd. 1 S. 121 und mit Berufung auf Lelièvre, Comment. jurid. de conatu delinquendi. Lovanii. 1828. p. 152, 153.

12) S. auch Rein a. a. O. S. 409.

13) Paul. sent. rec. V. 23. §. 3.

Kaisers, welcher für das von mir bestrittene subjective Princip angeführt zu werden pflegt.

L. 14 D. ad L. Corn. de sic: „Callistratus libr. 6 de cognition.: Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: In maleficiis voluntas spectatur, non exitus.“

Daß der genannte Kaiser hierin nicht einen allgemeinen, den subjectiven Standpunkt einführenden Ausspruch gethan habe, geht schon daraus hervor, daß letzterer sich in einem Rescripte findet, während doch die Kaiser diese Form nicht zu wählen pflegten, wenn es sich um Etwas handelte, was auf eine Neuerung hinauslief. Wenigstens ist nichts davon zu ersehen, daß wir es mit einem Rescripte zu thun haben, welches einen allgemeinen Grundsatz einführen wollte [14]). Vielmehr bilden die Worte: „In maleficiis voluntas spectatur etc.“ lediglich den Grund der vom Kaiser abgegebenen Entscheidung eines ihm vorgelegten Falles, wie sich ja gerade daraus ergiebt, daß der in Rede stehende Satz aus dem Buche des Callistratus, welches „de cognitionibus“ handelt, entnommen ist. Der Satz selbst war gewiß längst bekannt — wie ja in Rescripten, wenn sie sich nicht als solche, die eine Neuerung einführen, zu erkennen geben, gerade das bestehende Recht zur Anwendung kommt. Er ist derselbe Satz, der sich in jeder nur einigermaßen entwickelten Gesetzgebung findet und im römischen Rechte in verschiedenen Stellen zum Vorschein kommt: die äußere That als solche wird nicht bestraft, sondern nur der gewollte Erfolg [15]) soll dem Thäter zur Schuld und Strafe angerechnet werden [16]). Sonst käme man ja dahin, auch willenlose

---

14) v. Savigny, System Bd. 1 S. 124.

15) Welcker, Letzte Gründe vom Recht u. s. w. Gießen 1813. S. 488.

16) Einige Juristen, z. B. Turcke, de maleficiis coeptis. Helm-

Personen mit Strafe zu belegen oder den Bürger auch wegen des Zufalls verantwortlich zu machen [17]), wogegen L. 12 D. 48. 8 und L. 5 C. 9. 16 feierlichst protestiren. Andererseits würde auch die richtige Bestimmung des Charakters einer verbotenen Handlung unmöglich sein, wenn man bloß auf das objective Verhältniß sehen wollte. Daher heißt es z. B. in L. 41 §. 1 D. 9. 2: „Interdum evenire, Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo furti non teneatur, sed tantum damni injuriae, utputa si non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi delevit. Nam furti non tenebitur; qunm facto enim etiam animum furis furtum exigit."

Die Worte des Paulus [18]): „consilium enim uniuscujusque, non factum puniendum est," auf welche die Gegner ebenfalls so oft provociren, bedeuten meines Bedünkens ebenfalls nichts Anderes, als die der L. 14 cit. Ja, man hat mit ziemlicher Sicherheit angenommen, daß der von Hadrian entschiedene Fall gerade derjenige gewesen sei, von dem Paulus (desgleichen Marcianus [L. 1 §. 3 D. 48. 8] und Ulpian [coll. I §. 6]) redet. Betrachtet man obige Worte aus ihrem Zusammenhange gerissen, wie ich sie vorläufig hingesetzt habe, so scheint freilich der Grundsatz, daß der böse Wille das einzig Strafbare sei, darin bestätigt zu sein. In=

---

stadt. 1680. subintelligiren ein „tantum", welches zwischen den letzten Worten unserer Stelle seinen Platz finden würde. S. unten die Not. 20 auf S. 45.

17) Luden, Abh. Bd. 1 S. 24, hält mit Berufung auf Sanio p. 106 dafür, daß unsere Stelle weiter Nichts enthalte als eine Untersuchung zwischen Zufall und Absicht, „Zufall in der weitesten Bedeutung des Worts, nach welcher er dem dolus gegenübersteht und auch culpose Erfolge in sich begreift".

18) Sent. recept. V. 23. §. 3 und Collat. I. §. 7.

deß anders stellt sich die Sache bei reiflicher Erwägung der ganzen Stelle. Sie lautet:

„Qui hominem occidit, aliquando absolvitur: et qui non occidit, ut homicida damnatur: consilium enim nniuscujusque, non factum puniendum est. Ideoque, qui quum vellet occidere casu aliquo perpetrare non potuit, ut homicida punitur; et is, qui casu teli imprudenter fecerit, absolvitur."

Hier ist mit den durch die Schrift hervorgehobenen Worten und dem Schlußsatze gerade das, und zwar fast wörtlich, ausgesprochen, was ich oben gesagt habe: der Versuch des Mordes wird (was schon die L. Cornelia anordnete und man abzuändern in der Folge bei den ab und zu wiederkehrenden, der Sullaischen Zeit nicht unähnlichen Zuständen Anstand nehmen [19]) mußte), mit der Strafe des vollendeten Verbrechens belegt, aber es kann davon keine Rede sein, wo der Zufall die Schuld trägt, daß Jemand dem Andern das Leben nahm [20]).

Als ein Beweis des Grundsatzes der allein maßgebenden subjectiven Strafbarkeit kann ferner nicht die oft dafür allegirte L. 5 C. 9. 8 gelten. Die Bestimmungen derselben haben ihren Verfassern, den Kaisern Honorius und Arcadius, den bittersten Tadel zugezogen [21]). Insoweit das darin be-

---

19) Vergl. Rein a. a. O. S. 415 (Cap. V. z. A.)

20) S. denselben Fall in L. 1 C. 9. 16. Der hier vorkommende Satz: „crimen enim contrahitur, si **et** voluntas nocendi intercedat" läßt erkennen, daß zweierlei verlangt wird: das äußere, objective Verhältniß und der böse Wille. Dadurch gewinnt die Interpretation der L. 14 D. 48. 8, welche ein „tantum" zwischen den beiden letzten Worten subintelligirt, an Bedeutung.

21) Berner, Strafrecht §. 237. „Das hervorragendste Schanddenkmal errichtete sich aber der römische Despotismus in der sog. Lex

sprochene Verbrechen für ein crimen erklärt ist, welches, als ein hereditarium, auch noch an der unschuldigen Descendenz geahndet werden soll, ist dieser Tadel gewiß gerechtfertigt. Diese Seite interessirt uns indeß hier nicht, sondern es sind die Worte des Eingangs der lex:

„Quisquis cum militibus, vel privatis, barbaris etiam scelestam inierit factionem, aut factionis ipsius susceperit sacramentum vel dederit, de nece etiam virorum illustrium, qui consiliis et consistorio nostro intersunt, senatorum etiam (nam et ipsi pars corporis nostri sunt), vel cujuslibet postremo, qui nobis militat, cogitaverit (eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri jura voluerunt), ipse quidem, utpote majestatis reus, gladio feriatur, bonis ejus omnibus fisco nostro addictis.“

In diesen Worten scheint nicht bloß gesagt zu sein, daß der böse Wille allein schon der gesetzlichen Strafe unterliege, sondern auch, daß dieses dem bisherigen Rechte völlig entspreche. Dagegen ist zunächst zu erwägen, daß unter den „jura“ doch wohl keine anderen gemeint sein können, als die in Bezug auf das hier in Frage stehende Verbrechen redenden, nicht aber „jura“ so viel heißen soll, als „allgemeiner Grundsatz des bestehenden Strafrechts.“ Fragt man weiter, was das bestehende Recht sagte, so kann als ausgemacht bezeichnet werden, daß die L. Julia majest. manche Handlungen mit der Strafe des crimen majestatis bedroht, weil sie als die securitas und majestas populi Romani gefährdend und be-

---

Quisquis. — — Es erklärt schon den Gedanken und den Willen für ebenso strafbar, als die That. Es wagt auszusprechen, daß die unschuldigen Kinder des Majestätsverbrechers eigentlich denselben Tod wie der schuldige Vater erleiden sollten“ u. s. w.

ziehungsweise verletzend angesehen wurden, trotzdem sie ohne Erfolg geblieben, also, wie wir sagen, bloße Versuche eines Majestätsverbrechens waren [22]). Man ging eben von dem Gedanken aus, daß die Gesetzgebung hier nicht streng genug sein könne. Und wenn nun gegen den sonst unzweifelhaft geltenden Satz „cogitationis poenam nemo patitur [23])“ selbst derjenige der Strafe unterworfen werden soll, der nur de nece etc. cogitaverit“ (oder, wie es bei Justinian in §. 3 I. 4. 18 heißt, diejenigen, welche „moliti sunt contra imperatorem etc. [24])), so ist dieses zwar nicht zu billigen, es hat aber die gedachte besondere Ursache, und leidet deshalb auf andere Fälle durchaus keine Ausdehnung. Nimmt man dagegen das „cogitaverit“ nicht wörtlich, so verdient die Ansicht Luden's [25]) alle Beachtung, daß die Quellen den Thatbestand der Perduellion im Allgemeinen durch „moliri oder committere aliquid contra rempublicam“ bezeichnen, wozu noch als wesentliches Erforderniß der Perduellion „cum animo hostili“ hinzuzufügen sei. Wie sehr allgemein und unbestimmt aber auch diese Ausdrücke seien, so lasse sich doch vor der Hand so viel aus denselben entnehmen, daß ein gewisser äußerer Erfolg zu der Vollendung nicht erfordert werde, und daß namentlich der Verbrecher seine Absicht nicht erreicht zu

---

22) Vergl. L. 1—4 D. 48. 4.

23) L. 18 D. 48. 19, L. 53. §. 2 i. f. D. 50. 16. Cujacius will diese Regel zwar sehr eingeschränkt verstehen, er ist durch die schon besprochene L. 14 D. 48. 8 und die Aeußerungen nicht juristischer Schriftsteller dazu veranlaßt, ein Beweis, wie mißlich es ist, wenn man diesen Leuten zu viel Gewicht beilegt. Außerdem hat er sie nicht richtig verstanden, worüber zu vergleichen ist: Mathaeus, de crimin. Proleg. c. 1 §. 6 und Zachariä a. a. O. S. 186.

24) In der L. 16 C. 9. 41 sind „conscii und molientes“ neben einander gestellt.

25) a. a. O Bd. 1 S. 227.

haben brauche. Der Natur der Sache nach könne das auch nicht anders sein: denn sonst würde in den meisten Fällen von einer Bestrafung der vollendeten Perduellion keine Rede sein können, da eben diese Vollendung in einer Aufhebung und Vernichtung der bisherigen strafenden Gewalt bestehen würde. Was daher der Kaiser Arcadius in der berühmten L. 5 p. C. 9. 8 sage: „eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri jura voluerunt," sei vollkommen in der Natur des Verbrechens begründet, und zwar so sehr, daß auch eine Gesetzgebung, in welcher sonst nicht dolus pro facto accipitur, denselben bei diesem Verbrechen würde befolgen müssen.

Gleichwohl mag ich mich dieser Commentation unserer Lex nicht anschließen, denn ich kann das „cogitaverit" damit nicht reimen. Aus dem Grunde kann ich auch dem Vorschlage eines anderen Juristen nicht beitreten, welcher meint, unter den „jura" der L. 5 C. cit. könne auch die L. Cornelia verstanden werden, weil von der beabsichtigten Ermordung der Minister die Rede sei, wofür der Umstand spreche, daß L. 5 C. cit. im Theodosianischen Codex im Titel ad L. Cornel. de sic. vorkomme [26]).

---

26) Mein Bedenken wird auch nicht beseitigt durch das, was Zachariä a. a. O. Bd. 1 S. 187 ff. anführt, damit wir nicht nöthig haben „zu der traurigen Erklärung unsere Zuflucht zu nehmen", daß unsere L. 5 „ein ungereimter Machtspruch römischer Tyrannen sei". Ungereimt bleibt er schon darum, weil darin der Unsinn eines crimen hereditarium vorkommt. Mit Rücksicht auf diese Annahme kann ich auch nicht zugestehen, was in Bezug auf die Strafe der bloßen cogitatio von Manchem behauptet ist, „daß man den Kaisern solche Widersinnigkeit nicht zutrauen dürfe". Durch die Bedrohung der Descendenz, welche nach Ansicht der Kaiser die Gesinnung des Vaters erben, wird ja deutlich an den Tag gelegt, daß die Gesetzgeber den bloßen Gedanken bekämpfen. Auch die Vergleichung der L. 6 C. 1. 12, in welcher es heißt: „qui hoc moliri, aut facere aut nuda saltem cogitatione

Das Resultat alles Bisherigen geht dahin, daß die aus den leges und Bestimmungen der Kaiser hergenommenen Argumente den angeblichen Grundsatz der subjectiven Strafbarkeit nicht nachzuweisen vermögen. Es giebt zwar noch andere Stellen, auf die man sich berufen hat, sie reden indeß den Gegnern noch weniger das Wort oder laufen auf dasselbe, wie die bereits besprochenen, hinaus. Ich halte mich daher nicht länger bei ihnen auf[27]) und will schließlich noch ein von einem crimen extraordinarium hergenommenes Argument zu widerlegen suchen.

L. 1 D. de extraord. crim. (47. 11) enthält folgende Aeußerung des Paulus in dessen libr. V sententiarum:

„Sollicitatores alienarum nuptiarum itemque matrimoniorum interpellatores, etsi effectu sceleris potiri non possunt propter voluntatem perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur."

Wollte man hieraus den Schluß ziehen, daß wenigstens bei der Bestrafung der crimina extraordinaria vom subjectiven Standpunkte ausgegangen wurde, so würde man sich sehr

---

atque tractatu ausi fuerint" etc. kann dagegen nicht in Betracht kommen, da von tractatus in der L. 5 C. keine Rede ist. Ebensowenig hilft die Berufung auf den Umstand, daß das Wort consilium auf Verschwörungen bezogen werden könne, denn cogitare ist doch etwas Anderes, und von Verschwörung ist vorher schon die Rede. Noch weniger Gewicht lege ich endlich darauf, daß die Römer „sonst, wenn sie von voluntas sceleris als etwas Strafbarem reden, darunter den bereits in äußere Handlungen übergegangenen Willen denken", denn daß dieses auch in unserer Stelle der Fall sei, dafür enthält dieselbe gar kein Argument. Wörtlich versteht außer dem S. 45 Not. 21 citirten Berner das cogitare auch Cropp l. c. Sect. 1 p. 100; Placentinus, tractat. de accusat. Tit. VI.

27) Einige derselben z. B. L. 16 §. 8 D. de poen. werden bei anderer Gelegenheit besprochen werden.

4

irren. Gerade dann, wenn extra ordinem Strafe verfügt ward, sah man auf das objective Verhältniß [28]). In unserer Stelle liegt, wie in vielen anderen Fällen, der Grund, weshalb außerordentliche Strafe auf Handlungen, die nach unseren Begriffen zum bloßen Versuche gehören, gesetzt worden ist, in dem nahen Zusammenhange zwischen der injuria und der Mehrzahl der crimina extraordinaria. Unter sollicitatores alienarum nuptiarum verstehen Einige (z. B. Schulting, Heineccius) diejenigen, welche fremde Verlobungen stören, und nehmen die interpellatores für solche, die „fremden Ehen nachstellen" („sollicitatores sponsas alienas, interpellatores nuptas corrumpere et earum matrimonium ambire etc."). Andere beziehen jenes auf versuchten Ehebruch, dieses auf das Begehren zur Ehe. Ich möchte mich für die erste Ansicht entscheiden.

Mag man aber darüber denken, wie man will, immer wird sich nicht leugnen lassen, daß derjenige, der einem Frauenzimmer seine unanständigen oder zudringlichen Anträge macht, welche aber von diesem zurückgewiesen werden, sich einer Injurie schuldig gemacht hat. So verordnet L. 15 §. 15—25 D. de injur., daß unter das Edict über Injurien als Delinquent zu rechnen sei, wer Jungfrauen oder Weiber durch unzüchtige Anträge verletzt, ja schon Derjenige, der ihnen beständig auf der Straße nachgeht, ihre Begleitung entfernt u. s. w. Kein Wunder also, wenn unsere L. 1 cit. die sollicitatores und interpellatores ebenfalls bestraft. Der Beleidigte hatte die Wahl, ob er civiliter klagen wollte oder criminaliter, im letzteren Falle wurde eine außerordentliche Strafe officio judicis auferlegt, in welcher Beziehung sich ein Gerichtsgebrauch bildete, von dem in §. 2 der L. cit. Wei-

28) S. hierüber unten §. 19.

teres mitgetheilt wird. Die Compilatoren stellten dieses unter die neugebildete Rubrik „de extraordinariis criminibus.“ Wenn nun in der Mittheilung des Paulus die Worte „propter voluntatem perniciosae libidinis“ vorkommen, so soll damit weiter nichts angedeutet sein, als daß die Bestrafung der sollicitatores etc. nach den Grundsätzen der injuria wegen der moralischen Schändlichkeit ihrer Handlungsweise vollkommen gerechtfertigt, namentlich nicht zu hart erscheine.

§. 13.

Zu der Annahme, daß im römischen Rechte nur oder wenigstens vorzugsweise auf den bösen Willen gesehen sei, hat ferner ein unrichtiges Verständniß solcher Bestimmungen verleitet, welche sich auf Bestrafung von Versuchshandlungen beziehen. Rein und andere Criminalisten berichten uns, das römische Recht habe, „als es die erste Stufe seiner Entwickelung hinter sich hatte“, den subjectiven Standpunkt eingenommen. Von diesem aus hätte es eine Handlung ohne Erfolg ebenso hart strafen müssen als eine Handlung mit Erfolg, den Versuch wie die Consummation. Indeß — abgesehen davon, daß hierin sicherlich kein Fortschritt erblickt werden könnte, da es ebenso verkehrt gewesen wäre, bloß von subjectiven, als bloß von objectiven Rücksichten sich leiten zu lassen — wäre dieser Gang der Ausbildung des Strafrechts ein ganz anderer gewesen, als er sich sonst bei den einzelnen Völkern bemerklich macht. Denn es läßt sich nicht verkennen [1]), daß das Strafrecht überall zuerst nur als eine bloße Möglichkeit für den Verbrecher erscheint, sich durch Erlegung einer Buße vor der Privatrache des Verletzten zu

1) Luden a. a. O. Bd. 1 S. 79. Geib, Lehrb. des Strafr. Leipzig 1861. §. 1 und besonders Köstlin, Mord und Todschlag S. 22—27.

sichern, später als eine Verbindlichkeit für den Verletzten gegen Empfang dieser Buße der Privatrache zu entsagen, bis es sich zuletzt dazu erhebt, der Ausfluß der Gerechtigkeit [2]) und eine rechtliche Nothwendigkeit zu sein. Aber auch in dieser letzten Periode kann es seine geschichtliche Entstehung nicht verleugnen. Und wie sich Anfangs die Größe der Buße richten muß nach der Größe des verletzten Rechts, so muß dieses auch geschehen, nachdem das Compositionssystem den Charakter öffentlicher Strafen angenommen hat [3]). Darum finden wir in allen Legislationen verschiedene Strafen. Die vollendete Rechtsverletzung ist mit einer bestimmten, nach Ansicht des Volks zur Satisfaction des Verletzten hinreichenden Buße bedroht. Ward Jemand durch äußere, von ihm unabhängige Umstände gehindert, die in der darauf gerichteten Absicht unternommene Rechtsverletzung zu vollenden, so ist auch diese bloße Unternehmung, für sich genommen, eine Verletzung für den Berechtigten, die seine Rache erregen kann [4]) und gebüßt werden muß. Freilich, die Buße wird hier geringer sein müssen, denn die Verletzung ist geringer als die vollendete. Ebenso wird die Strafe des unvollendeten Verbrechens leichter sein müssen, wenn aus der Buße eine öffentliche Strafe geworden ist.

Daß sich nun bei den Römern die Sache ganz anders verhalten habe, ist ohne desfallsige Beweise an sich schon nicht zu glauben. Im Gegentheil ersehen wir aus den Quellen, daß man gar genau nach dem Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit unterschied und, anstatt Alles, was wir Versuchshandlung nennen, dem vollendeten Verbrechen gleich zu strafen, bald s. g. entfernte Versuchshandlungen oder Vorbereitungen

---

2) Abegg, Strafrechtstheorieen S. 39 und 40.
3) Abegg a. a. O.
4) Vergl. Luden a. a. O. Bd. 1 S. 308.

mit Strafe belegte, bald dieselbe erst an die weiter fortgesetzte verbrecherische Thätigkeit knüpfte [5]). Heißt denn das, unbekümmert um das objective Verhältniß, bloß auf den Willen sehen? Und wie stimmt mit dem subjectiven Standpunkte der Umstand, daß es leges gab, in welchen nur die vollzogene Handlung, aber die bloßen Versuchshandlungen überall nicht mit Strafe bedroht waren [6])?

Um diesen Einwürfen zu entgehen, bleibt den Gegnern nichts übrig, als zu sagen: wenn wir in den Quellen Handlungen, die nach unserer Terminologie in die Klasse der Versuchshandlungen gehören, mit der gesetzlichen Strafe bedroht sehen, so sind diese solche, welche unzweideutig das Vorhandensein des bösen Willens, auf den es gerade und allein ankommt, ergeben [7]). Es stimmt dies so ziemlich mit der Antwort, die man auf die Frage wegen Strafbarkeit der Theilnahme giebt: „Jeder Theilnehmer hat den bösen Willen, daß das Verbrechen, an welchem er Theil nimmt, wirklich begangen

---

5) Vergl. die Beweise bei Luden S. 124. Zachariä Bd. 1 §. 115 und vergl. damit Bd 2 S. 5 ff., woselbst der Autor auch Luden's Behauptung S. 267, daß eine Handlung immer nur dann als Versuch betrachtet werde, wenn sich der Verbrecher durch dieselbe in die Lage versetzt hatte, das Verbrechen ohne weitere Vorbereitungen und weitere Unterbrechungen vollenden zu können, widerlegt hat.

6) Vergl. z. B. die Fälle auf S. 41 und 42.

7) Vergl. auch Köstlin, Rev. Bd. 1 S. 363. Nachdem er darauf aufmerksam gemacht hat, daß die Consequenz des subjectiven Standpunkts nothwendig zur Bestrafung des Versuchs mit absolut untauglichen Mitteln oder an einem absolut untauglichen Objecte geführt hätte, während „unbezweifelt" das bloße Wahnverbrechen straflos blieb, erklärt Köstlin diese Erscheinung in einer Weise, der man es offenbar ansieht, daß sie nur auf Rettung des angeblich subjectiven Standpunkts berechnet ist, trotzdem daß unmittelbar vor dieser Argumentation der natürliche und einfache Grund der Straflosigkeit des Wahnverbrechens — der objective Standpunkt — ganz richtig angedeutet ist.

werde, und der Beweis dafür wird eben durch seine Theilnahme geliefert. Darum muß zwar die Aneignung des verbrecherischen Entschlusses und die dadurch begründete Theilnahme immer in einer äußerlich erkennbaren Handlung bestehen, da der bloße Gedanke noch nicht in das Gebiet des Rechtes fällt und keinen juristischen Beweis für das Dasein jenes bösen Willens abgeben kann; allein jede Handlung, welche überhaupt diesen Beweis liefert, muß nach dem subjectiven Standpunkte auf gleicher Stufe der Strafbarkeit stehen [8])."

Ich gebe, wie bereits früher bemerkt, den letzten Schluß zu, wenn es nur gewiß wäre, daß die Römer den subjectiven Standpunkt festgehalten haben. Dieses kann aber bislang als eine ausgemachte Sache nicht angesehen werden, hier insonderheit deshalb nicht, weil die römischen Gesetze auf das Fortgeschrittensein der verbrecherischen Thätigkeit so genau achten und danach entscheiden, ob und wann auch die nicht vollendete That strafbar sei. Wo und soweit sie Strafe auf Handlungen setzen, die noch nicht vollendete Verbrechen sind, thun sie dies offenbar nicht lediglich deshalb, weil in ihnen der unzweideutige Beweis des bösen Willens liegt. Denn unstreitig giebt es viele als strafbar nicht benannte Versuchshandlungen, welche den bösen Willen mit Gewißheit anzeigen, folglich müßten, wenn es bloß auf letzteren ankäme, auch diese Versuchshandlungen mit Strafe belegt sein, und das wird doch auf das Bestimmteste von den Gegnern meiner Meinung in Abrede gestellt. Dennoch kann der Grund, weshalb die in den Quellen genannten Versuchshandlungen mit der Strafe des vollendeten Verbrechens belegt werden, nicht derjenige sein, den uns die Gegner dafür anführen.

---

8) Luden, Abh. Bd. 2 S. 362.

Gestehen wir uns nur: der Glaube an den subjectiven Standpunkt hat, einmal hervorgerufen durch das unrichtige Verständniß der in §. 12 besprochenen Stellen des corpus juris civilis, hauptsächlich dadurch Befestigung erhalten, daß die Criminalisten auf andere Weise als unter Voraussetzung jenes Standpunkts eine Reihe von Aussprüchen der Quellen über gleiche Bestrafung von Versuch und Vollendung nicht zu erklären vermochten und zum Theil noch nicht vermögen. Dieser Umstand reicht aber zur Rechtfertigung der hier bekämpften Ansicht gewiß nicht hin, und zwar um so weniger, als es bereits gelungen ist, bei einer Anzahl jener Aussprüche den Grund auf andere, viel einfachere und natürlichere Art anzugeben [9]).

Man könnte nun auf den Gedanken kommen, daß die in den Quellen als strafbar vorkommenden Versuchshandlungen, welche mit Zuverlässigkeit auf das Vorhandensein des bösen Willens schließen lassen, deshalb namentlich aufgeführt seien, weil man der richterlichen Willkür Schranken setzen, auch zum Zweck möglichst gleicher Beurtheilung der vorkommenden Fälle ein für alle Mal mit Bestimmtheit sagen wollte, wann trotz unvollendet gebliebenen Verbrechens der böse Wille als unzweifelhaft vorliegend zu erachten sei. Indeß, daß es so ängstlich war, bemerken wir doch sonst nicht am römischen Rechte, welches selbst zur Zeit der quaestiones perpetuae bei

---

9) Dies gilt zunächst von der oben besprochenen Sullaischen Gesetzgebung. Ferner rechne ich hierher die in §. 13 a. E. vorgekommene L. 1 D. 47. 11 und ähnliche, bei denen trotz unerreichter Absicht des Verbrechers Strafe eintritt, weil in der Handlung bereits ein besonderes Verbrechen, z. B. injuria, vis oder stellionatus (Archiv von 1838 S. 355) enthalten ist, wie L. 15 §. 1 D. 47. 10 (worüber zu vergl. Luden Bd. 1 S. 132), und die Fälle, deren Luden Bd. 1 S. 150, 151, 154, 227 und 228 erwähnt.

der Frage, ob der Angeklagte schuldig sei oder nicht, Alles auf die subjective Ueberzeugung der Richter stellt [10]), welches ferner nicht nur die Verurtheilung in Strafe ad exemplum legis zuläßt, sondern auch bei der großen Klasse der crimina extraordinaria die Strafbestimmung gänzlich dem richterlichen Ermessen anheimstellt, so daß sich z. B. sogar eine Strafbarkeit der culpa im Wege des Gerichtsgebrauchs ausbilden konnte; andererseits blieben auch immer noch unerklärt, weshalb nur einige und nicht auch andere gleich schlüssige unvollendete Verbrechen als strafbar vom Gesetze bezeichnet wurden.

§. 14.

Nicht wenig haben auch zu dem Glauben an den subjectiven Standpunkt der Römer die von Privatdelicten redenden Stellen beigetragen, welche dem Verletzten eine actio poenalis nicht nur gegen den Urheber geben, sondern in demselben Umfange auch gegen die Theilnehmer Statt finden lassen. Indeß, diese Erscheinung hängt gar nicht mit dem angeblich subjectiven Princip zusammen, sie hat einen ganz besonderen, in der Natur der Privatklagen liegenden Grund, wie im Folgenden gezeigt werden soll.

Die actiones poenales sind ein letzter Rest, ein Nachklang der alten Privatrache. So lange diese dem Verletzten gestattet ist, wird das Maaß der Uebel, die er dem Theilnehmer an einem ihm widerfahrenen Unrecht zufügt, zunächst von ihm selbst nach seinem Belieben bestimmt, und da der Theilnehmer ihn ebenso sehr und selbst mehr gereizt haben kann, als der Urheber, so wird die Rache, die er an jenem nimmt, in vielen Fällen der an dem letzteren genommenen gleich oder wohl gar noch schwerer sein.

10) Vergl. Geib, Proc. S. 327 und 328 auch S. 347.

Ganz dasselbe Verhältniß kann auch dann herauskommen, wenn die Verletzenden durch Erlegung einer Satisfactionssumme die Rache abzuwenden suchen, deren Höhe wird auch hier zunächst von dem Ermessen des Verletzten abhängen und in manchen Fällen der Theilnehmer dasselbe oder gar mehr zu zahlen haben, als der Urheber.

Wenn nun bei fortgeschrittener Entwickelung der socialen Zustände die Staatsgewalt die Sache in die Hand nimmt und die Höhe der zu erlegenden Buße ein für alle Mal in der Weise bestimmt, daß der Verletzte vom Urheber das duplum, triplum, quadruplum vom Werthe des verletzten Rechts fordern kann, wie das römische Recht dergleichen Bestimmungen enthält, so kann es kaum ausbleiben, daß die vom Theilnehmer zu erlegende Satisfactionssumme in gleicher Weise fixirt wird. Denn darauf führt sehr natürlich nicht allein der Umstand, daß vordem in vielen Fällen die Erlegung einer gleichen Buße vereinbart ward, und durch das Verbot der Privatrache und die damit nöthig gewordene gesetzliche Bestimmung des Abfindungsquanti der Verletzte nicht schlechter gestellt werden sollte [1]), sondern es kommen auch noch Billigkeitsgründe hinzu, die eine gleiche Behandlung der Theilnehmer gerecht erscheinen lassen. Dem Staate muß gar sehr daran gelegen sein, daß letztere mit Strafe nicht übersehen werden, denn sie sind der Staats- und Rechtsordnung stets, bald mehr, bald minder, gefährlich oder schädlich; manche Verbrechen können, ohne daß Jemand Genossen bei der That hat, überhaupt gar nicht, oder doch nur schwer begangen werden, indem die Kraft eines Einzelnen dazu nicht hinreicht, und sie unterbleiben daher ganz, wenn die Furcht vor der Strafe es zu einer Theil-

1) Besonders klar tritt dieses hervor, wo die Gesetzgebung nur an den Theilnehmer als Miturheber oder sog. Hauptgehülfen denkt.

nahme nicht kommen läßt, während umgekehrt die Aussicht auf Straflosigkeit der Grund einer Vermehrung der Verbrechen werden würde. Nun ist aber unschwer zu ersehen, daß die Durchführung des gegen einen Theilnehmer gerichteten Processes für den Verletzten mit einem viel größeren Maaße von Mühe, Verdruß und Zeitverlust verbunden sein kann, als zur Verurtheilung des Urhebers erforderlich war, und da sich dieser Aufwand nicht immer genau in Geld veranschlagen läßt [2]), liegt es nahe, dem Verletzten dafür so zu sagen ein Pauschquantum in der Weise zuzubilligen, daß ihm ein Anspruch auf dieselbe Straffumme zugestanden wird, wie sie der Urheber erlegen muß. Von diesem Gesichtspunkte aus stellt sich die desfallsige gesetzliche Bestimmung also nicht sowohl als eine in odium des Theilnehmers, denn vielmehr als eine mit Rücksicht auf den Verletzten getroffene heraus, wie dergleichen auch sonst im römischen Rechte vorkommt [3]). Andererseits räth die Criminalpolitik aus dem schon angedeuteten Grunde, es so zu halten, denn sonst würde der Verletzte sich mit der Klage ge-

2) Unmöglich kann jede zur Entdeckung von Beweismitteln u. s. w. erforderliche Handlung, jedes desfallsige Opfer der verschiedensten Art besonders liquidirt werden.

3) So ist z. B. die Möglichkeit jeden von mehreren Delinquenten auf die ganze Entschädigungssumme zu belangen, nicht sowohl zum Nachtheil dessen, der belangt wird, als zu Gunsten des Beschädigten, eingeführt, „auf welchen Vortheil er gewiß einen wohlbegründeten Anspruch hat" (v. Savigny a. a. O. Bd. 1 S. 219); so ist auch nicht in odium furis bestimmt, daß die condictio furtiva bei möglicher vindicatio des beim Diebe noch unerwischt vorhandenen Geldes statthaft sei (vergl. hierüber v. Savigny, System Bd. 5 S. 553). „Multa enim jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest", sagt Julian in L. 51 §. 2 D. 9. 3 und führt dabei ein treffendes Beispiel an; alle diese Fälle sowie der citirte Ausspruch des Juristen zeigt aber sehr deutlich, daß aus den gedachten Sätzen kein allgemeines Princip der Strafzumessung abgeleitet werden kann.

gen den Urheber begnügen, so oft der Proceß gegen den Theilnehmer seinerseits Opfer zu erheischen scheinen würde, welche mit dem, was er zu erstreiten Aussicht hätte, in keinem genügenden Verhältnisse ständen. Und endlich ist noch zu erwägen, daß der Verletzte durch Anstellung der Pönalklage nicht einzig und allein im eigenen, sondern zugleich auch im öffentlichen Interesse eine Thätigkeit entwickelt, die mit Mühe, Unannehmlichkeit und Gefahr[4]) verbunden ist. Denn die actiones poenales gehören, trotz ihrem civilen Kleide, „doch dem großen selbstständigen Gebiete des Criminalrechts, also eines Zweiges des öffentlichen Rechts an[5]);" und obgleich

---

4) Die Gefahr bestand darin, daß der Ankläger, wenn er seine Behauptungen nicht durchführen konnte, der Strafe der calumnia verfiel. Zwar ist es streitig, ob die L. Remmia, welche der calumnia zuerst recht nachdrückliche Strafen drohte, sich auf die mit Klagen wegen delicta privata Aufgetretenen bezog (Renesse behauptet es gegen Cujac.), daß aber in der Kaiserzeit solche Calumnianten ebenfalls bestraft sind, leidet keinen Zweifel. (Vergl. die von Rein S. 816 dafür angeführten Zeugnisse des Paulus und Gajus.) Die Strafe war regelmäßig dieselbe, welche den Angeklagten, falls er verurtheilt wäre, getroffen haben würde.

Man kann nicht opponiren, der bloße Umstand, daß der Angeklagte wegen nicht erfolgter Beweisführung losgesprochen worden, sei nicht hinreichend, den Ankläger als Calumnianten erscheinen zu lassen. Es ist freilich richtig, daß über die Frage, ob columnia vorliege, vom Gerichte entschieden werden mußte, indem sich der Kläger in einem entschuldbaren und verzeihlichen Irrthum befunden haben konnte (L. 1 §. 3 D. 48. 16), aber damit ist die Gefahr für den Kläger doch immer noch vorhanden, da die Frage, was entschuldbar und verzeihlich zu halten, vom richterlichen Ermessen mehr oder weniger abhängig gemacht ist. Gesetzt aber auch, daß der Ankläger der auf die Calumnia gesetzten Strafe entging, dem Nachtheil des Kostenersatzes wird er doch wohl nicht entgangen sein.

5) v. Savigny, Obl.-Recht Bd. 2 S. 301. Roßhirt im Archiv Bd. 11 S. 12 nennt das Privatpönalsystem „einen eigenen Ast am Baum des Privatrechts, der einen großen Theil des gesammten Strafrechts umfaßt".

man von dem mit der actio poenalis Auftretenden nicht in demselben Maße, wie von dem, der eine Popularklage erhebt, sagen darf, er bekomme die von dem Verurtheilten zu erlegende Summe als ein Honorar dafür, daß er das Amt eines Staatsanwalts übernahm [6]), so ist dieser Gedanke doch in gewisser Weise auch bei dem ex delicto privato Klagenden richtig.

Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß aus der bei Privatdelicten Statt findenden gleichen Bestrafung der Theilnehmer für crimina extraordinaria und publica nichts gefolgert werden kann. Sollte man aber meiner ganzen Argumentation überhaupt nicht beitreten wollen, so wird man doch jedenfalls zugeben müssen, daß für die zahlreichen Fälle, in denen die früher als Privatdelicte behandelten Vergehen in der Folge extra ordinem abgeurtheilt wurden, und anstatt der gedachten Geldstrafen Gefängniß, körperliche Züchtigung u. s. w. nach sich zogen, die den extra ordinem erkennenden Richtern überhaupt gegebene S. 29 gedachte Anweisung, von der noch weiter unten die Rede sein wird, zur Anwendung kommen mußte, wonach dann die Strafe der Theilnahme ebensowohl ungleich als gleich ausfallen konnte.

§. 15.

Hätten die Römer den subjectiven Standpunkt behauptet, so wäre es consequent gewesen, die Fälle, in welchen der strafrechtswidrige Erfolg nur culpos herbeigeführt ward, unbestraft zu lassen. Und wirklich ist, daß sie dieses thaten, von einer großen Anzahl Juristen angenommen. Obgleich für das ältere Recht, weil es unbestritten vom objectiven Standpunkte ausging, gerade auf Strafbarkeit der culpa geschlossen werden

6) v. Savigny a. a. O. S. 314.

müßte [1]), obgleich diese von Gellius und Cicero [2]) ausdrücklich bezeugt wird, obgleich durch eine Reihe von speciellen Bestimmungen des späteren Rechts auf das Bündigste die Bestrafung einzelner culposer Verbrechen ausgesprochen und nicht weniger in allgemeinen Ausdrücken von Strafbarkeit schwererer wie leichterer fahrlässiger Verbrechen geredet wird [3]), hat man doch, Dank dem einmal eingewurzelten Glauben an den subjectiven Standpunkt, noch immer wieder das Gegentheil behauptet. Anstatt auf den Gedanken zu kommen, daß es doch wohl mit diesem Standpunkte seine Richtigkeit nicht habe, werden die gedachten Quellenstellen so interpretirt, verarbeitet und, wenn es nicht anders gehen will, mißhandelt, daß sie am Ende sich unter jenes subjective Princip pressen lassen.

War dieser leidige Glaube einmal da, so ließ man sich in ihm durch den Umstand bestärken, daß allerdings in den Quellen viel mehr von Bestrafung doloser als culposer Verbrechen geredet wird. Daß dieses aus dem Grunde sehr erklärlich wird, weil eine Reihe von Verbrechen, und zwar gerade diejenigen, die bei den Römern am häufigsten vorkamen, ihrer Natur nach nur dolose begangen werden können, mithin von den römischen Juristen und Gesetzgebern als dolose auch häufig besprochen sind, bedachte man nicht.

Ein zweiter Umstand, der dem richtigen Verständnisse der Quellen entgegenstand, war und ist bis auf den heutigen Tag der, daß im römischen Strafrechte nicht in der Weise, wie im

---

1) Berner, Imputationslehre. Berlin 1843. S. 264. „Wenn ein Volk hauptsächlich auf die Thatseite, auf das äußerlich Geschehene, sieht, so wird es hauptsächlich nur das vollendete Verbrechen strafen, dieses aber auch dann, wenn es nur culpos herbeigeführt worden ist."

2) Noctes Att. lib. 20 c. 1. Vergl. unten Not. 13 und Jhering, Das Schuldmoment im röm. Priv.-Recht. Gießen 1867. S. 11 Not. 10.

3) L. 5 §. 2 D. 48. 19.

Civilrechte, dem dolus die culpa, sondern der casus entgegengesetzt und in einigen Stellen gesagt wird, was durch casus veranlaßt worden, könne keinen Grund der Bestrafung geben, sondern sei als Unglück zu betrachten, weshalb erforderlich, die Gottheit durch Opfer zu versöhnen. Man hat aber bald mehr, bald weniger unbeachtet gelassen, daß die Römer in der Sphäre des casus dreierlei unterschieden: den casus im eigentlichen Sinne, (wie er auch im Civilrechte vorkommt), den casus, der als ein möglicher vorhergesehen ward, und denjenigen, dessen Eintreten bei gehöriger Sorgfalt hätte vermieden werden können. Nach Ausweis der einschlagenden Stellen des corpus juris soll nun beim eigentlichen casus keine Strafe eintreten, während solche in den beiden letztgedachten Fällen allerdings gedroht wird, weil diese Fälle eben auf weiter nichts als auf eine gröbere oder geringere culpa hinauslaufen, wenngleich dieser terminus nicht gebräuchlich war.

Daß die Römer im Falle einer culpa von einem casus reden, ist etwas bei näherer Betrachtung gar nicht so Auffallendes und von der Sprache des heutigen gemeinen Lebens nicht sehr Abweichendes. Jeder, der fahrlässig handelt, „läßt es auf gut' Glück ankommen," wie wir in unserer gewöhnlichen Umgangssprache sagen. Ob ein für Andere schädlicher Erfolg aus seinem Benehmen entstehe, ist ihm keineswegs immer gleichgültig, er will ihn entschieden nicht, oft denkt er zwar an ihn, befürchtet ihn und trifft sogar Anstalten, ihn zu verhindern, oft vergegenwärtigt er sich ihn dagegen gar nicht. In diesem wie in jenem Falle stellt er es dem Glück, dem Zufall anheim, was daraus werde. Tritt nun das Nichtgewollte dennoch ein, so ist damit wohl verträglich, daß Derjenige, der das Schicksal so herausforderte, sich dem Zufalle so preisgab, mit Strafe belegt werde, da er unverantwortlich

gehandelt hat. Bei der Frevelhaftigkeit[4]) wird dieses von Niemandem bezweifelt werden, daß es aber auch nicht anders sein kann bei der bloßen Unvorsichtigkeit, die dem Nebenmenschen Schaden bringt, daß es hier nicht immer genügt, lediglich von Entschädigung zu reden, ist auch durchaus nicht so schwer erkennbar, daß es nicht von einem auch erst wenig gebildeten, nicht gerade tief denkenden Volke gefunden werden sollte und schon den Römern der ältesten Zeit sehr wohl zugetraut werden kann[5]). Denn „der Mensch muß seine Intelligenz regen, muß aufmerken, sonst kann er nicht gut, nicht rechtschaffen handeln. Wer mit seinen Handlungen im Dunkeln herumtappt, wer sich nicht die Mühe giebt, sich vorzusehen, daß er seinen Nebenmenschen nicht schade, daß er ihre höchsten Güter, ihr Leben selbst, nicht gefährde: der ist ein Nichtswürdiger." Ist also „die Unachtsamkeit auf das uns Obliegende oft wahrhaft nichtswürdig, so kann eine solche in die Objectivität hineintretende Unaufmerksamkeit der Reaction des objectiven, sittlichen Geistes, d. h. der Strafe, verfallen[6])." Was hiervon Schwerbegreifliches sein könnte, sehe ich nicht ein.

4) „Culpa mit Bewußtsein der Möglichkeit des verbrecherischen Erfolgs" nach Berner, der sie, wie die Unvorsichtigkeit, culpa ohne jenes Bewußtsein, vortrefflich charakterisirt in der Imputationslehre S. 246 ff.

5) Vergl. Not. 13 zu S. 68 a. E.

6) So Berner a. a. O. S. 229 und Köstlin (Mord und Todschlag S. 142), der freilich so wenig wie Berner allenthalben meiner Meinung ist, erklärt dennoch, allgemeine Ausdrücke zur Bezeichnung des criminalistischen dolus seien: data opera, consulto aliquid admittere etc. und fügt dann hinzu: „Besonders aber merkwürdig und für den feinen Verstand dieses Rechts zeugend sind die Ausdrücke sciens dolo malo, sciens prudensque und dergl., da sie gerade den Nerv der Sache treffen, nämlich das Bewußtsein der Unangemessenheit des subjectiven Willens zu dem Principe der Gerechtigkeit. In diesem scire liegt sehr viel, namentlich liegt darin auch das verhüllt, was, wie wir gesehen haben, den Begriff des dolus in den des casus und diesen wieder in den der

Noch weniger will mir einleuchten, daß dieselben Römer, welche im Civilrechte so richtig und genau die Unterscheidungen in dieser Sache zu machen lernten, im Strafrechte so sehr zurückgeblieben sein sollten.

Köstlin (a. a. O. S. 156) u. A. legen zu viel Gewicht auf das Nebeneinanderbestehen der Privat- und öffentlichen Delicte, um daraus zu erklären, daß nicht so im judicium publicum wie im Civilverfahren auf culpa Rücksicht genommen sei. Angenommen, sie hätten hierin Recht, so scheint mir doch nicht glaubhaft, daß dieselben Männer, welche so fein unterschieden, wo es sich um Privatedicte handelte, nicht dazu gekommen wären, diese Unterscheidungen auch auf judicia publica zu übertragen. (Vgl. Luden, Abh. Bd. 1 S. 75.) Daß sie dieses nicht thaten, ließe sich allenfalls denken, wenn wir es mit zwei Classen von Juristen und Richtern zu thun hätten, deren jede sich um Alles, was nicht in ihren Geschäftskreis, beziehungsweise ihre Specialwissenschaft gehörte, durchaus nicht bekümmert hätte, ihm völlig fremd geblieben wären. Köstlin bleibt sich auch gar nicht consequent, denn indem er S. 120 zu zeigen sucht, daß das Criminalrecht der Römer es nicht mit dem eventus zu thun habe, während im Privatpönalwesen überall zunächst nur auf den Erfolg gesehen und erst, wenn dieser constatirt, nun weiter nach der bösen Absicht gefragt werde u. s. w., fährt er fort: „Besonders merkwürdig offenbart sich aber das Verhältniß bei solchen Privatdelicten,

culpa umschlagen macht. — — Wer überhaupt handelt, welchen Zweck er nun habe, der soll wissen, der soll sich besinnen, welche Folgen sein Handeln hervorbringen wird. In diesem Wissensollen steckt der Fleiß — die diligentia s. lat., deren Gegentheil culpa s. lat. darstellt. Dieses scire und die Forderung desselben ist also gerade dasjenige, was das Gebiet des Handelns charakteristisch von dem Gebiete des abstracten Thuns, welches dem bloßen Geschehen im Begriffe gleichsteht, absondert, welches dolus und culpa grundwesentlich vom casus unterscheidet."

wo sich eine intellectuelle Urheberschaft denken läßt. Während nämlich im Kreise des öffentlichen Strafrechts der intellectuelle Urheber, der Gehülfe u. s. w. gerade so, wie der physische Urheber bestraft werden, wenn auch das Verbrechen nicht (im heutigen Sinne) als vollendet erscheint, so konnte bei den Privatdelicten die Frage hiernach nur dann entstehen, wenn das Delict wirklich consumirt war. So sagt Ulpian (L. 52 §. 19 D. de furt.): „Consilium dare tunc nocet, cum secuta contrectatio est" und Pomponius (L. 36 pr. D. de furt.): „eum, qui servo persuasit, ut fugeret, furti non teneri, tum autem incipere teneri, cum quis fugitivi fur esse coeperit, quasi videatur ope consilio ejus furtum factum, und Ulpian (L. 15 §. 10 D. de injur.): „Si curaverit quis, convicium alicui fieri, non tamen factum est, non tenebitur. Daß bei Privatdelicten überhaupt hiernach gefragt wurde, gehört zu den Anomalien, welche durch das Nebeneinanderbestehen jener zwei in ihren Principien grundverschiedenen Systeme, wobei es nicht fehlen konnte, daß Manches von dem Einen auf das Andere überging, herbeigeführt wurde." Köstlin hat sich meines Erachtens hier selbst so bündig widerlegt, daß er mir die Mühe, dieses noch weiter zu thun, dadurch abgenommen hat. Daß man in der ersten Zeit die culposen Handlungen mit Strafe belegte, wird von den Meisten geleugnet, sie wissen indeß außer einer Berufung auf einige nicht juristische Schriftsteller[7]) für ihre Ansicht fast nichts anzuführen, während ich meinerseits von dem Zeugnisse des Gellius und vorzugsweise von dem in der ältesten Zeit

---

7) Servius ad Virgilii Eclog. IV. v. 43. ad Virgilii Georgic. III. v. 387. — Festus, s. v. Paricid. quaestores. —

eingenommenen objectiven Standpunkte gewiß keinen gewagteren Schluß ziehe [8]).

Wenn ich nun auch zugebe, daß sich aus den Quellen keine Beweise dafür anführen lassen, daß in den für die quaestiones perpetuae gegebenen Bestimmungen eine Strafe der culposen Vergehen angedroht war [9]), so kann gleichwohl daran nicht gezweifelt werden, daß es in damaliger Zeit eine

8) Hierin stimmt mir bei Luden a. a. O. Bd. 1 S. 65 ff., Köstlin, Mord und Todschlag S. 51.

9) Köstlin a. a. O. S. 154 hat es unternommen, zu erklären, weshalb die leges publicae von Strafe der culpa nichts sagen; diese Partie seines sonst interessanten Werks ist, gelinde gesprochen, ein sehr unglücklicher Versuch. Köstlin meint nämlich, die zu erklärende Sache hänge zusammen „mit dem Wesen des antiken Bürgerthums", und nimmt dabei seine Zuflucht zu einer Präsumtion, nach welcher man schon vom Bürger als solchem eine Handlungsweise erwartete, die conform wäre mit dem Principe des Staats, während bei der „Ehrenhaftigkeit, welche diese Idee des Bürgerthums involvirte", nicht vorauszusetzen war, „daß ein Bürger diesem wesentlichen Interesse aus Leichtsinn, Muthwillen u. dgl. entgegenhandeln würde". Diese angebliche Präsumtion hat aber Köstlin mit gar nichts nachgewiesen. Und wie wäre es denn auch denkbar, daß die Römer, die aus der täglichen Erfahrung wußten, daß das Interesse für das Gemeinwohl nicht einmal stark genug sei, Bürger von Verübung der schwersten dolosen Missethaten abzuhalten, angenommen hätten, jenes Interesse habe hinreichende Macht, zu bewirken, daß der Bürger stets so vorsichtig handle, daß den Nebenmenschen keine Rechtsverletzung erwachse! Aber auch angenommen, daß man wirklich zu einer solchen Präsumtion gekommen wäre, so hätte man sie doch in der kürzesten Zeit wieder aufgeben müssen, da ja jede constatirte culpa ihre Unhaltbarkeit und Fehlsamkeit klar legen mußte.

Der Grund, weshalb die leges publicae der culpa nicht gedenken, ist einfach der, daß die meisten der darin besprochenen Verbrechen ihrer Natur nach gar nicht culpose begangen werden können (z. B. falsum, crimen annonae, plagium, crim. majestatis, repetundarum, peculatus, adulterium, ambitus, vis). Die wenigen Fälle, bei denen culpa denkbar, wie Tödtung, Brand, wurden ja aber auch in Ansehung der culpa mit Strafe bedroht, ein Beweis, daß man der von Köstlin behaupteten Präsumtion nicht traute.

solche gab. Gehen doch z. B. die Bestimmungen der in so vielen Fällen Platz greifenden L. Aquilia nicht bloß auf Ersatz, sondern auf wahre Strafe hinaus [10]), auch fehlt es ja nicht an Strafdrohungen in den Edicten der Aedilen und Prätoren für einzelne Fälle culposen Verhaltens [11]). (Vgl. auch Note 12.) Mit Unrecht hat man gemeint, daß hieraus kein Argument für eine eigentliche Bestrafung der culpa hergenommen werden dürfe, weil diese Klagen vor die Civilgerichte gehörten. Wer sich so äußert, würde mit gleicher Befugniß behaupten können, der Diebstahl sei bei den Römern nicht von jeher und nicht immer bestraft, weil nicht zu allen Zeiten eine accusatio publica, sondern nur eine actio poenalis auf Privatstrafe Statt fand [12]).

Es läßt sich gewiß nicht bestreiten, daß sich die Ansicht von der Strafbarkeit der culpa auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts Bahn brach [13]). Denn nothwendig mußte

---

10) L. 11 § 2 D. 9. 2. .... Et si cum uno agatur, ceteri non liberantur; nam ex L. Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, quum sit poena. L. 9 J. 4. 3 ... Qua ratione creditum est poenalem esse hujus legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris. Vergl. auch §. 14 S. 59 und v. Savigny, Obl.-Recht Bd. 2 S. 301; System Bd. 1 §. 9 Not. c.; Rein a. a. O. S. 404; Köstlin, Mord und Todschlag S. 135, 136; Mathaeus l. c. p. 3.

11) Z. B. L. 42 D. 21. 1; L. 1 §. 5 D. 9. 3.

12) In der sehr interessanten Schrift von Jhering (vergl. Not. 2) ist dargethan, daß das altrömische Civilrecht sich nicht mit der bloßen Aufhebung der nachtheiligen Folgen des Unrechts begnügte, sondern noch eine persönliche Satisfaction, die Strafe, verlangte. „Die Strafe geht durch's ganze alte Privatrecht hindurch, kaum ein Verhältniß, das nicht entweder von vornherein, oder wenn es zur Klage kommt, einen Zusatz von Strafe hat," a. a. O. S. 17.

13) Wiener im N. Archiv Bd. 10 S. 609. Rein S. 163 und insonderheit über Mord S. 417. „Vorzüglich wichtig ist die Neuerung, daß bei Beurtheilung der subjectiven Seite der That nicht blos dolus

den Römern klar werden, daß etwas Rechtswidriges zwar nicht gewollt, jedoch als mögliche Folge des Benehmens eines Menschen von diesem erkannt sein kann, und diesen Fall unterscheiden sie genau von dem „casus improvisus," und be-

---

und casus unterschieden wurden, sondern daß auch eine dritte Quelle der Handlung, culpa, angenommen wurde."

Daß sich erst unter den Kaisern der Gedanke der criminellen Strafbarkeit der culpa geltend gemacht habe, wie wohl die Meisten annehmen, bestreitet entschieden Zumpt, Crim.-Recht der röm. Republik Bd. 1 S. 373 mit folgenden Worten: „Cicero macht in einem Bruchstücke der Rede für M. Tullius (51) die Bemerkung, Jemand, der einen Andern unabsichtlich getödtet habe, verdiene Verzeihung; dennoch hätten die Vorfahren demselben nicht Verzeihung angedeihen lassen, wie sich aus dem Gesetze der XII Tafeln ergebe: „wenn die Waffe mehr der Hand entflogen ist als geworfen". Man muß daraus folgern, daß auch bei unabsichtlicher Tödtung wenigstens unter gewissen Umständen eine Bestrafung Statt gefunden hat. Nun ist es aber nicht möglich, daß ein Grund zur Bestrafung gefunden wurde, wenn nur Zufall die Tödtung veranlaßt hatte: gegen diese Annahme sprechen Cicero's Worte selbst. Freilich wurde immer, sobald eine geringere Strafe als der Tod eintrat, zugleich ein Sühnopfer dargebracht an Stelle der nicht Statt findenden Vergeltung, und in dem betreffenden Gesetze der XII Tafeln, wissen wir, wurde es angeordnet (Cicero, Top. 17. 64 vergl. de oratore III. 39, 158 etc.). Daraus wird wahrscheinlich, daß in ihnen schon der Begriff der culpa, einer trotz der Unabsichtlichkeit dennoch Statt findenden Schuld des Tödtenden anerkannt wurde: er war vielleicht nicht so ausgebildet und wissenschaftlich ausgeführt als in der späteren Zeit, aber daß er dennoch in den Anfängen vorhanden war, darf um so weniger Wunder nehmen, da wir den Begriff von dolus schon von der frühsten Zeit des Staats an entwickelt finden. Gewöhnlich nimmt man jetzt an, die culpa, als Quelle der Strafbarkeit des Todschlags in der Mitte zwischen dolus und casus stehend, sei erst in der Kaiserzeit beachtet worden, den früheren Gesetzen, namentlich denen Sulla's unbekannt geblieben; aber da wir ein unmittelbares Zeugniß dafür nicht haben, wird man nach den dargestellten Verhältnissen diese Entwickelung des Rechts schon den XII Tafeln zuschreiben müssen. (Man sehe besonders Gellius XI. 18, der mit Vorliebe die Quellen des ältesten Rechts zu berücksichtigen pflegt.)"

legen ihn mit Strafe [14]). Sie bleiben aber hierbei keineswegs stehen, sondern behandeln auch die Fälle als strafbar, in denen aus Jemandes Verhalten ein rechtswidriger Erfolg entstand, der, obgleich von ihm nicht vorhergesehen, bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können, wo eben der Mangel der letzteren „nimia negligentia" als das Strafwürdige erscheint [15]). Dieses zeigt sich vorzugsweise in verschiedenen Aussprüchen des Hadrian über Tödtung, von denen die römischen Juristen berichten [16]), z. B. in L. 1 §. 3 D. 48. 8, wo uns gesagt wird, dieser Kaiser habe rescribirt, „eum, qui hominem occiderit, si non occidendi animo hoc admiserit, absolvi posse," d. h. ihn trifft nicht die Strafe des homicidii, aber er ist auch nicht immer straflos, wie das hinzugefügte Beispiel desjenigen beweist, der in rixa tödtete. Hier heißt es: „leniendam poenam;" also poena findet allerdings Statt, von welcher doch keine Rede sein könnte, wenn der Tod durch reinen Zufall herbeigeführt wäre. Zugleich ersehen wir aber aus den Worten „casu magis quam voluntate homicidium admiserit," daß dieser Fall im Gegensatze von dolus zum casus gerechnet wird [17]). Damit stimmt L. 3 §. 2 D. 48. 8, wo uns erzählt wird, daß das Eingeben

14) L. 1 C. 9. 16 vergl. mit L. 12 D. 48. 3. .... „aut ita sciens habuit, ut possit custodia evadere" etc. Daß der casus, wenn Straflosigkeit eintreten soll, ein improvisus sein müsse, geht sehr klar hervor aus L. 1 i. f. C. 9. 16, wo eine allgemeine Regel als Grund der Entscheidung eines speciellen Falls mit den Worten erwähnt wird: „caeterum ea, quae ex improviso casu (also nicht casu schlechtweg) potius quam fraude accidunt, fato plerumque, non noxae imputantur".

15) L. 28 §. 12 D. 48. 19; L. 9 D. 47. 9.

16) Rein a. a. O. S. 417

17) Vergl. noch L. 4 §. 1 D. 48. 8. Rein a. a. O. S. 418. Nicht entgegen steht L. 7 D. 48. 8, wo nur gesagt wird, die volle Strafe der L. Cornelia setze dolus voraus.

eines „medicamentum ad conceptionem, ex quo ea, quae acceperat, decesserit," obwohl es nicht animo malo gegeben war, dennoch einem SCtum gemäß mit Strafe der Relegation zu belegen sei, offenbar deshalb, weil die Person, die das medicamentum gab, die schädliche Wirkung kennen konnte und mußte [18]).

Man darf indeß nicht, wie es wohl geschehen ist, glauben, daß eine criminelle Bestrafung der culpa bloß beim Verbrechen der Tödtung eingetreten sei. Denn Gajus redet L. 9 D. 47. 9 von der Strafe fahrlässiger Brandstiftung (incendium, welches „casu, id est negligentia" entstand), desgleichen zeigt uns Marcianus in L. 11 D. 47. 9 und L. 28 §. 12 D. 48. 19, daß auch bestraft werden „fortuita incendia, si, quum vitari possent, per negligentiam eorum, apud quos orta sunt, damno vicinis fuerunt [19])." Ferner sehen wir aus L. 2 D. 47. 21, daß Hadrian Strafe verfügte für den Fall, da Jemand culpose veranlaßte, daß eine Grenzverwirrung entstand, und in L. 12 D. 48. 3 bestimmt derselbe Kaiser die Strafe derer, die eine

18) Vergl. Rein S. 419. „Endlich ist der Tod eines Menschen, welcher in Folge eines medicamen stirbt, quod ad salutem hominis vel ad remedium datum erat, nicht als doloser Mord, sondern culpose Tödtung anzusehen. — — Auch der Arzt ist darunter mit begriffen, denn, sagt Ulpian L. 6 §. 7 D. de off. praes. (1. 18) quod per imperitiam commisit (er muß es nämlich besser wissen) imputari ei debet. — — Handelt der Arzt nicht leichtsinnig und unverständlich, so kann ihn bei eintretendem Tod kein Vorwurf treffen, imputari eventus mortalitatis non debet, Ulp. l. c."

19) Vergl. L. 3 §. 1 D. 1. 15. Wenn v. Almendingen (Ueber culpose Verbrechen. Gießen 1804. S. 211) behauptet, daß hier blos von feuerpolizeilicher Thätigkeit des praefecti vigilum die Rede sei, so hat er nicht bedacht, daß dieser obrigkeitlichen Person allerdings, wenn auch in beschränktem Umfange, eine Criminaljurisdiction zustand. Das Nähere s. bei Geib, Crim.-Proc. S. 450.

ihnen zur Bewachung überwiesenen Gefangenen entkommen lassen, indem casus und nimia negligentia unterschieden werden, auf jenen gar keine, auf letztere „si culpa eorum nimia deprehendatur" der Tod steht, sonst aber „pro modo culpae" Strafen gesetzt werden [20]).

Uebrigens brauchen wir mit der Behauptung einer Strafbarkeit der culpa bei einzelnen Verbrechen, oder — wie Andere wollen — nur bei den schwereren gar nicht stehen zu bleiben. Gerade in dem tit. D. de poenis heißt es in L. 5 §. 2 zunächst: „Refert et in majoribus delictis, consulto aliquid admittatur, an casu; und dann fährt Ulpian, aus dessen Schriften diese Stelle genommen ist, fort: et sane in omnibus criminibus distinctio haec aut justam poenam elicere debet, aut temperamentum admittere," also es soll, jenachdem das Verbrechen ein doloses oder culposes war, entweder die vom Gesetze (oder Gewohnheitsrechte) auf das Verbrechen an sich gesetzte Strafe (poena justa) oder eine gelindere Statt finden.

Wenn nun L. 1 C. 9. 16 noch im Jahre 215 eine Andeutung davon macht, daß etwas, was casu entstanden sei, „fato plerumque, non noxae" imputirt werde, so ist dabei nicht zu übersehen, daß hier ausdrücklich ein casus improvisus vorausgesetzt wird. Auch wußten die Römer gewiß ebenso gut, wie wir, daß es oft sehr schwer ist, in einem gegebenen Falle zu bestimmen, ob etwas wirklich vorgesehen

20) In dieser Stelle (die man trotz des Zusatzes „si paganis evaserit custodia, idem puto exquirendum, quod circa militum personas retuli" vielfach nur als von Militärverbrechen handelnd angesehen hat,) kommt auch ein in Aquitanien vorgekommener Fall zur Sprache, in welchem genau unterschieden wird eine culpa, bei welcher die Flucht des Gefangenen als möglich vorausgesehen wird, und eine solche, bei welcher solches nicht der Fall ist, z. B. „si per vinum aut desidiam custodis id evenerit".

wurde, oder auch nur vorherzusehen war oder nicht. In solchen Fällen getraute sich der Richter nicht eine Bestrafung auszusprechen, er neigte sich eher dazu, den Erfolg, den Jemandes Handlungsweise zum Nachtheile seines Mitmenschen gehabt hatte, auf Rechnung des Fatums zu setzen. Das und nichts Anderes will der Kaiser, dessen Ausspruch unsere L. 1 C. mittheilt, wohl nur sagen.

Will man nun bei Erwägung aller vorgetragenen Argumente dennoch nicht annehmen, daß wenigstens in der späteren Zeit die culpa von den Römern regelmäßig bestraft ward, so wird man doch nie umhin können, einzuräumen, daß in zu vielen Fällen auch der nicht gewollte Erfolg mit Strafe belegt wurde, als daß sich damit die Annahme des s. g. subjectiven Maßstabs der Strafbarkeit vereinigen ließe, und daß sich völlig im Irrthum diejenigen unserer Criminalisten befinden, welche die Bestimmungen des römischen Strafrechts über culpose Handlungen noch gar zum Beweise jener Annahme hernehmen wollen.

§. 16.

Hätten die Römer wirklich von dem Standpunkte aus, den wir kurzweg als den subjectiven bezeichnet haben und ferner bezeichnen wollen, die Strafe zugemessen, so hätten sie auch die Frage, wann die Strafbarkeit der Anstiftung beginne, nicht in der Weise beantworten dürfen, welche wir in den Quellen unzweideutig ausgesprochen sehen.

In dem Glauben an den subjectiven Standpunkt einerseits und in der wohlbegründeten Meinung, daß die Römer consequent zu denken und zu handeln gewohnt sind, andererseits, beantwortet Luden[1]) diese Frage folgendermaßen:

1) Berufung auf L. 1 §. 2 D. 47. 11; L. 1 §. 1 D. 48. 4 vergl.

Nach den in den Quellen (L. 50 §. 3 D. 47. 2. L. 3 §. 8 D. 47. 9. L. 1 D. 48. 9. L. 1 §. 13 D. 48. 16. L. 1 §. 2 D. 43. 16. L. 15 §. 1 D. 48. 8. L. 11 §. 3—6 D. 47. 10. L. 5 C. 9. 2) vorkommenden Ausdrücken dürfte strafbare intellectuelle Urheberschaft oder Theilnahme nur in dem Falle angenommen sein, in welchem der physische Urheber sich bereitwillig gezeigt hatte. Denn der gewöhnliche Ausdruck „qui mandavit" würde nur auf den Fall des acceptirten Mandats passen. Nur wenn der physische Urheber zur Begehung des Verbrechens sich bereit zeigte, unterlag der intellectuelle der Strafe. Auf der anderen Seite war aber zur Strafbarkeit des intellectuellen Theilnehmers nicht erforderlich, daß der physische Urheber durch ihn zur Begehung des Verbrechens bestimmt wurde und ohne ihn dasselbe nicht würde begangen haben [2]). Denn der desfallsige Beweis läßt sich entweder gar nicht oder nur mit großer Schwierigkeit führen, und man konnte darauf kein Gewicht legen „bei den Ursachen, wegen deren man überhaupt intellectuelle Theilnahme für strafbar hielt." Diese Ursache liegt nämlich lediglich in dem durch des Anstifters Auftrag, Rath oder ähnliche Weise hinlänglich bewiesenen dolus, daß er das Verbrechen wollte und daß er, da sich der physische Urheber zur Ausübung desselben bereit erklärt hatte, in der Meinung lebte, das Verbrechen werde auch wirklich seinem dolus gemäß

---

mit S. 249 und 230 des citirten Werks unsers Autors, desgleichen auf den Umstand, daß bei dem Verbrechen der Bestechung die Strafbarkeit des Bestechenden, „der gewissermaßen intellectueller Urheber ist von dem Verbrechen des Bestochenen", erst beginne, sowie dieser den Vortheil oder wenigstens das Versprechen desselben annehme. a. a. O. S. 295.

2) Dies ist streitig. Später mehr darüber. Vorläufig verweise ich auf Zachariä Bd. 2 S. 112; Martin, Strafrecht §. 80 Not. 6; Wächter, Lehrb. Bd. 1 S. 149; L. 11 §. 6 D. 47. 10.

in Ausübung gebracht werden [3]). „Weil aber sein dolus der einzige Grund ist, aus welchem der intellectuelle Theilnehmer strafbar ist, so kann auch Etwas, was unabhängig von ihm und nur auf der Seite des physischen Urhebers vor sich gehet, weder einen erschwerenden, noch einen mildernden Einfluß auf seine Strafbarkeit ausüben. Er bleibt darum gleich strafbar, der physische Urheber mag das Verbrechen vollenden oder gar nicht beginnen, und so wenig ihm der Exceß des Mandatars zur Schuld angerechnet werden kann, ebenso wenig kann es seine Strafbarkeit erleichtern, wenn derselbe dem Mandate nicht nachkam."

Nach Zachariä [4]) bestraft dagegen das römische Recht den Anstifter nicht etwa schon mit der Erklärung des Andern, so handeln zu wollen, wie es jener begehrt, sondern für letzteren tritt erst dann Strafbarkeit ein, wenn der Angestiftete eine in den Gesetzen bedrohte That wirklich begangen hat [5]). Dieser Ansicht trete ich unbedenklich bei, ihre Richtigkeit läßt sich sowohl aus den Bestimmungen über Privatdelicte, als über crimina extraordinaria und publica darthun [6]). Wie

---

3) a. a. O. S. 297.

4) S. auch Roßhirt im Archiv von 1852 S. 386 ff.

5) Zachariä a. a. O. Bd. 2 S. 114 ff.

6) Als Beispiele sind unter andern anzuführen:

I. Die Bestimmungen über furtum, wobei wirklich erfolgte contrectatio vorausgesetzt wird L. 53 §. 19 D. 47. 2. Nicht dagegen sind L. 36 pr. L. 53 §. 23 ibid. Denn hier ist die Rede von einem bösen Rath, der als Beihülfe für einen Dritten, resp. Mandat zu eigenem Vortheil des Rathenden erscheint. —

Injuria. L. 15 §. 10 D. 47. 10. —

Verstoß gegen die L. Aquilia L. 7 §. 6 vergl. mit L. 37 D. 9. 2. Danach fand actio utilis gegen den Statt, qui causam mortis praestitit (Anstifter, Rein 187) aber nur, wie die Natur der Klage schon ergiebt, wenn der Angestiftete „injuriam fecit". S. auch noch L. 51 pr. eod.

nun Luden's Behauptung gewiß nicht als unrichtige Schlußfolgerung aus dem angeblichen subjectiven Standpunkte wird angesehen werden können, ebenso wenig wird man es mir verargen wollen, wenn ich an der Richtigkeit jenes subjectiven

---

II. Nicht ohne Grund hat man angenommen, daß, wenn wegen einer Handlung, welche auch eine Klage auf Privatstrafe möglich gemacht hätte, öffentliche accusatio Statt fand, ebenfalls der Anstiftung eine strafbare Handlung des Angestifteten gefolgt sein mußte, denn darin, daß electiv Privatklage und accusatio gestattet war, liegt stillschweigend ausgesprochen, daß letztere an dieselbe Voraussetzung wie die erstere gebunden war; z. B. L. 5 D. 47. 10, L. 5 C. 9. 2 reden von wirklich erfolgten Injurien. Aber auch bei andern crimina extraord. finden wir nirgendwo Beispiele einer Bestrafung des Anstifters, ohne erfolgte strafbare Handlung des Angestifteten, Gegentheils reden sie von erfolgter Handlung, z. B. L. 3 §. 8 D. 47. 9 („— — fraude aut consilio naufragi suppressi per vim fuissent").

III. Auch bei crim. publ. war Voraussetzung, daß der Angestiftete die Handlung wirklich ausgeführt oder eine der im Gesetz mit Strafe bedrohten Versuchshandlungen vorgenommen habe (z. B. cum telo ambulaverit), nirgendwo wird uns gesagt, daß auf der bloßen Anstiftung allein Strafe stand. Im Gegentheile heißt es z. B. in L. 14 D. 48. 5: „Is cujus ope, consilio, dolo malo factum est, ut vir foeminave adulterio deprehensi" etc. Will man beim crimen repetundarum denjenigen, der dem Beamten Geld oder andere Vortheile giebt, als Anstifter betrachten, so wird auch hier unsere Ansicht bestätigt, denn der Beamte muß Geld oder den Vortheil wirklich acceptirt haben. (Luden Bd. 1 S. 295.) — Ebenso können die Worte in L. 1 D. 48. 13 „neve faciat, quo quis auferat" wohl nur von einem verübten Peculat verstanden werden.

Ueber das Ganze vergl. Zachariä a. a. O. Bd. 2 S. 114—125. Eine ebenso unpassende als überflüssige Polemik eröffnet Köstlin, System S. 324, indem er theils aus dem angeblichen, jedoch keineswegs wirklichen Geiste des röm. Rechts argumentirt, theils einige, von Privatverbrechen hergenommene Stellen ganz willkürlich als Hauptstellen für die von ihm bekämpfte Meinung erklärt, die andern für dieselbe citirten aber so zu sagen ignorirt, und als vorzüglichstes Argument gegen dieselbe hervorhebt, daß man zugebe, das römische Recht habe zwischen der Anstiftung des alias facturus und non facturus nicht unterschieden. Letzteres steht keineswegs außer Zweifel. Vergl. L. 11 §. 6 D. 47. 10 und das darüber unten Gesagte.

Princips zweifle, weil es uns auf das gerade Gegentheil von dem, was die Quellen klar aussprechen, führen muß. Den Bestimmungen über die Strafbarkeit der Anstiftung liegt entschieden ein anderes Princip zu Grunde — die Rücksicht auf das objective Verhältniß, wie sich in der Folge noch weiter ergeben wird.

§. 17.

v. Schirach sucht in einem dem N. Arch. f. Crim.-Recht Bd. 3 S. 415 inserirten Aufsatze darzuthun, daß überhaupt so wenig nach positiven Gesetzen, als nach allgemeinen Grundsätzen in Ansehung der Strafbarkeit ein Unterschied zwischen dem Urheber des Verbrechens und dem Gehülfen bei demselben existire. Zum Beweise seiner Behauptung beruft er sich ganz besonders auf römisches Recht. Dieses behandle in vielen Gesetzstellen, die man ohne Grund einschränkend erklärt habe, „die Urheber und bloßen Beförderer eines Verbrechens völlig gleich" (wozu als Belege dienen L. 36 §. 1 D. de furt., L. 6 D. ad L. Pomp. de parr., L. un. C. de crim. peculatus, L. 14 D. ad L. Jul. majest.), mit der strengen dem römischen Recht so eigenen Consequenz erkläre dasselbe „auch die vorhergehende Beihülfe zum Verbrechen für ebenso strafbar, als die Handlung, die dasselbe hervorbrachte" (wie aus L. 50 §. 4, L. 54 D. de furt., L. 8 ad L. Jul. de adult., §. 11 J. de oblig. quae ex delict. und Nov. 134 c. 10 zu ersehen sei). Solche Aussprüche über die Schuld der Theilnahme am Verbrechen finde man im Justinianeischen Gesetzbuche viele, und mit Recht sei behauptet worden, daß, wer eine dieser Entscheidungen gelesen habe, sie alle kenne. Der Hauptgrund dieser Bestimmung des römischen Rechts liege darin, daß alle Criminalgesetzgebungen, um ihrem Dasein zu entsprechen, den Zweck haben müssen, vom Verbrechen abzu-

schrecken. Keine habe diesen nothwendigen Charakter so deutlich ausgesprochen als die römische, ihre Pönalsanctionen seien „durchgehends auf Abschreckung gerichtet". Wolle der Gesetzgeber die Störung des rechtlichen Zustandes durch Erweckung von Furcht vor Strafe verhüten, so nöthige ihn die Consequenz, den Urhebern des Verbrechens und den Theilnehmern an demselben gleiche Gründe entgegenzuhalten, die sie zur Unterlassung der verbotenen Handlung hätten bestimmen müssen, „sie durch dieselben Strafübel abzuschrecken". Daß die Römer von dieser richtigen Ansicht bei der Bestrafung der nahen und entfernten Theilnehmer am Verbrechen ausgegangen seien, beweisen die angeführten Gesetze, denen man noch mehrere andere beifügen könnte, wenn es nicht überflüssig wäre, „da sie alle übereinstimmend" seien. Es liege also im ganzen Geiste des römischen Rechts, daß die vorhergehende wie die gleichzeitige Beihülfe in Hinsicht der Strafbarkeit nicht von der Handlung unterschieden werde, welche das Verbrechen unmittelbar hervorbrachte. Freilich finde man auch im Justinianeischen Gesetzbuche zwei Stellen, nämlich L. un. C. de Nili agger. non rump. und L. un. C. §. 2 de raptu virginum, aus denen das Gegentheil hervorzugehen scheine. Indeß keine Regel ohne Ausnahme, keine Lehre, deren allgemeine und unbestrittene Grundzüge nicht mit einzelnen Ausnahmen und entgegenstehenden speciellen Bestimmungen in Widerspruch stehen. Die beiden Abweichungen, welche sich indeß vielleicht aus besondern legislativen Gründen erklären ließen, „wenn die Geschichte und die Veranlassung dieser Gesetze gehörig aufgeklärt wären", können den aus so vielen deutlichen Aussprüchen des römischen Rechts und aus dem ganzen Geiste desselben hervorgehenden Grundsatz nicht aufheben, daß es keinen Unterschied der Strafbarkeit zwischen den Urhebern und Gehülfen gebe.

Diese Argumentation hat zweierlei gegen sich, wodurch sie total hinfällig wird:

1) Sofern ihr der Gedanke an eine im römischen Strafrechte zu befindende sog. Strafrechtstheorie und zwar das Abschreckungsprincip zu Grunde gelegt ist, aus welcher die einzelnen Bestimmungen als Consequenzen erscheinen würden, befindet sich der Autor in einem großen Irrthum. Einer bestimmten Theorie huldigt das römische Strafrecht überhaupt nicht, insonderheit macht sich darin nicht „durchgehends" das Abschreckungsprincip geltend[1]). Sondern es werden — mit Berner[2]) zu reden — an einzelnen Stellen verschiedene Strafzwecke ausgesprochen, ohne daß der Gesetzgeber an die dadurch herbeigeführten Widersprüche und an die Nothwendigkeit eines einheitlichen Grundprincips auch nur denkt. Und wenn auch zugegeben werden muß, daß als Rechtfertigung und Zweck der Strafe im corp. jur. civ. das, was wir als Abschreckungstheorie bezeichnen, mit angeführt ist, so darf doch wahrlich nicht behauptet werden, daß alle speciellern Bestimmungen darin vorkommen, welche, wenn einzig von jenem Grundprincipe ausgegangen wäre, sich consequenter Weise darin finden müßten.

2) Eben so sehr irrt Schirach, wenn er die beiden von ihm citirten Stellen für die einzigen hält, in denen eine ungleiche Bestrafung ausgesprochen ist[3]).

---

1) Abegg, Straftheorieen S. 56 bemerkt, daß nur in den Gesetzbüchern und Entwürfen der neuern Zeit ein folgerichtiges Durchführen einer Strafrechtstheorie gesucht werden könne, aber auch hier nicht gefunden werde.

2) Strafrecht §. 43. Vergl. auch Welcker a. a. O. S. 575 ff.

3) Bei dieser Gelegenheit mache ich noch darauf aufmerksam, daß, wer sich etwa unserm Autor anschließen will, damit wenigstens die Richtigkeit der früher von mir aufgestellten Behauptung zugegeben haben würde: daß im römischen Rechte die Theilnahme an Verbrechen nicht

Die L 1 D. 48. 9 bestimmt die Strafe des parricida, indem sie auf die L. Corn. de sic. Bezug nimmt, welche für den Fall, daß der Mord an Eltern oder Großeltern begangen war, die poena culei[4]) anordnete, während für andere parricidae die aquae et ignis interdictio eintrat. In L. 2 D. 48. 9 heißt es nun: frater ejus, qui cognoverat tantum nec patri indicaverat, relegatus est, medicus (der Theilnehmer am Verbrechen war) supplicio affectus. Dadurch wird die Ansicht widerlegt, welche aus den Worten der L. 1 cit. „cujusve dolo malo id factum erit" und L. 6 ibid. und §. 6 J. 4. 18 gleiche Strafe aller Theilnehmer folgert.

Die L. 6 D. 48. 15, aus welcher man die gleiche Strafe des plagii für alle Theilnehmer an diesem Verbrechen hat herleiten wollen, ergiebt dieses nicht, denn sie steht keineswegs mit der unmittelbar darauf folgenden L. 7 in Einklang. Früher stand auf dem Verbrechen eine Geldstrafe, an deren Stelle eine extra ordinem von dem praefectus urbi, bezw. praef. praetorio und praeses provinciae extra ordinem zu erkennende Strafe trat, von der es ausdrücklich heißt, daß sie bestimmt wurde „pro delicti modo", ein Ausdruck, der, wie wir später sehen werden, gerade auf das objective Verhältniß hinweiset. (Vergl. auch das Ende des §. 19.) Zwar ist in L. 7 cit. davon keine Rede, daß sich das coerceri pro delicti modo auch auf Theilnehmer beziehe, indeß es liegt durchaus kein Grund vor, das Gegentheil anzunehmen. Ebensowenig steht dieser Annahme der Umstand zur Seite, daß es heißt: „ple-

---

blos in einzelnen, durch die Gesetze bezeichneten Fällen, sondern daß überhaupt jede Theilnahme nach römischem Rechte für strafbar gegolten habe. Denn das wäre die consequente Anwendung der von Schirach behaupteten Theorie und deren weiteren Entwickelung.

4) Vergl. darüber L. 9 pr. D. 48. 9.

rumque in metallum damnantur", indem hierdurch nur die härteste Strafe angedeutet wird [5]).

Nach der L. 8 C. de calumn. (9. 46) wird der mandator bei der calumnia nicht mit gleicher Strafe, wie der von ihm angestiftete Ankläger [6]), sondern blos mit der Infamie bedroht [7]). Das frühere Recht bestrafte allerdings beide gleich [8]).

Die Strafe der Entführung war der Tod und — wenn die Entführte eine freigeborene Person war — Vermögensconfiscation nach besondern Bestimmungen [9]). „Was die Gehülfen betrifft, so erlitten die unmittelbaren Theilnehmer der Entführung (comitati in rapina [10]) dieselbe Strafe wie der raptor, die andern Helfershelfer nur Capitalstrafe (d. h. Tod, Deportation oder Bergwerksstrafe) ohne Confiscation."

Ueber das Verbrechen der Grenzverrückung heißt es in L. 2 D. 47. 21: „Quin pessimum factum sit eorum, qui terminos finium causa positos protulerunt, dubitari non potest, de poena tamen modus ex conditione personae et mente facientis magis statui potest. Nam si splendidiores personae sunt, quae convincuntur, non dubie, si id occupandorum alienorum finium causa admiserunt, possunt in tempus, ut cujusque patietur aetas, relegari, si est juvenior, in longius, si senior recisius; si vero alii negotium

---

5) Vergl. Rein a. a. O. S. 390.
6) Vergl. L. 10 C. 9. 46, L. 43 D. 47. 10. Rein S. 813.
7) Geib, Gesch. des röm. Crim.-Proc. S. 582 Not. 165.
8) Vergl. überall Rein a. a. O. S. 813.
9) S. darüber Rein S. 396.
10) So sagt Rein S. 397. (Es heißt in L. un. §. 2 C. 9. 13: „qui hos comitati in ipsa invasione et rapina fuerint" etc. Vergl. auch noch Nov. 143.)

gesserunt, et ministerio functi sunt, castigari, et ad opus biennio dari; quodsi per ignorantiam aut fortuito lapides furati sunt, sufficiet eos verberibus decidere." Die durch die Schrift hervorgehobenen Worte reden mit größter Bestimmtheit von ungleicher Strafe.

Ferner trifft nicht gleiche Bestrafung diejenigen, welche eine nach Nov. 117 c. 9. 10 verbotene Trennung der Ehe begehen, und diejenigen, welche sich der Theilnahme dabei schuldig machen, denn auf erstere steht nach Nov. 134 c. 11 außer einer bedeutenden Vermögensstrafe Verstoßung in's Kloster, auf letztere Leibesstrafen und Verbannung. („Sed et eos, qui ejusmodi solutiones matrimoniorum adjuvant, vel ejusmodi injustos contractus faciunt, corporalibus poenis subjici et in exilium mitti jubemus.")

Auch beim Verbrechen der Kuppelei (lenocinium) und der Theilnahme an demselben ist die Strafe nicht eine und dieselbe. Nach der Bestimmung des Kaisers Theodosius und Valentinian sollen die lenones körperlich gezüchtigt und aus der Stadt gejagt werden, nach Nov. 14 ist Fortschaffung aus der Stadt und in Ansehung solcher lenones, welche mit List oder Gewalt Mädchen gewinnen und dann preisgeben, angeordnet, „τὰς πασῶν ἐσχάτας ὑπομένειν ποινάς[11])", die Hausbesitzer aber, welche ihre Häuser zur Kuppelwirthschaft hergeben, werden jener verlustig und müssen 10 Pfund Goldes erlegen.

Die in L. 8 C. 1. 5 näher bezeichneten Verbrechen der Häresie und des Unglaubens unterliegen verschiedenen harten Strafen (Deportation, Confiscation des Vermögens), während nach ebenderselben L. 8 Theilnehmer viel gelinder

11) Streitig ist, ob darunter Todesstrafe, Exil oder körperliche Züchtigung zu verstehen sei. Rein S. 880 Not. **.

(mit körperlicher Züchtigung, Geldstrafe von 10 Pfund Goldes) bedroht werden. Vergl. auch L. 7 mit L. 8 C. 1. 11. Das Proselytenmachen ward schärfer geahndet als die Apostasie [12]). L. 5 C. 1. 7, L. 18 C. 1. 9.

Daß auch die Strafe der Zauberei nicht dieselbe war als die der Theilnehmer an diesem Verbrechen, beweiset L. 3 C. 9. 18. (Vergl. auch Rein a. a. O. S. 189 und S. 908.) Denn Kaiser Constantin bestimmte hiernach, daß kein Zauberer unter irgend welchem Vorwande in eines anderen Wohnung sich begeben dürfe, um daselbst seine verbotene Kunst zu treiben, und damit keiner durch die Ausrede, daß er in anderer Absicht, quam exercendae haruspicinae animo, z B. um einen Freund zu besuchen, gekommen sei, das Gesetz zu umgehen, sich Aussicht machen könne, wurde diese Ausflucht ein für alle Mal verworfen. Weiter heißt es, daß Contravenienten den Feuertod erleiden sollen, derjenige aber, welcher Jemanden zum Zuwiderhandeln durch Ueberredung oder Belohnung bewogen habe, Deportation und Vermögensconfiscation zu gewärtigen habe. Bei dieser letztern Strafbestimmung dürfte offenbar an die wirkliche Ausübung der Zauberei resp. die Beabsichtigung derselben gedacht sein, denn zu einem Besuchen des Hauses in anderer Absicht wird der Hausbesitzer keine große Ueberredung oder gar Belohuung anwenden.

Ferner läßt eine Vergleichung der über Münzverbrechen redenden Stellen, z. B. L. 1 und 2 C. 9. 24, erkennen, daß hier Theilnahme keineswegs so wie Urheberschaft bestraft ward. Zwar möchte nach L. 1 cit. scheinen, daß die Strafe eigentlicher Theilnahme der Strafe des Thäters gleich war, indem dem actor, den servis, incolis, colonis, qui ad hoc ministerium praebuerint, gleich dem Thäter („cum

12) Rein a. a. O. S. 895, 896.

eo, qui fecit") supplicium capitale angedroht ist. Daß aber dieses nicht das nach der fünf Jahre später erlassenen L. 2 cit. den Thäter treffende Lebendigverbrennen sein solle, dürfte kaum einem Zweifel unterliegen, denn in der L. 2, welche meines Wissens zuerst[13]) den Feuertod angeordnet hat, ist nichts davon gesagt, daß auch die Theilnehmer diesen zu erleiden haben. — Will man auch das Hergeben des Hauses zum Zweck der Falschmünzerei, falls dasselbe incuria und negligentia geschah, mit in den Begriff der Theilnahme ziehen, so wird aller Zweifel an der Richtigkeit meiner Behauptung ungleicher Strafe schwinden.

§. 9 J. 4. 18 pflegt häufig als eine Belegstelle für die Behauptung gleicher Strafe der Theilnahme angeführt zu werden. Lesen wir aber den Pandektentitel ad L. Jul. pecul. (48. 13), auf den die Anfangsworte der Institutionenstelle selbst hinweisen, so finden wir, namentlich in L. 6 §. 2 entschieden eine ungleiche Strafe angeordnet, indem auf die Theilnahme[14]) die Strafe des furtum manifestum gesetzt ist, während der Urheber des Peculats mit aquae et ignis interdictio, später Deportion bedroht wird.

L. un. C. 9. 38 bestimmt für das Durchstechen der Nildämme den Feuertod, auf die Theilnahme ist Deportation gesetzt.

---

13) Ueber die frühere Strafe s. Rein a. a. O. S. 787, dessen Citate aus dem Theodosischen Codex für uns außer Betracht bleiben. (§. 3 a. E.)

14) Die Lesart ist verschieden. S. darüber Rein S. 678 Not.* und Platner, quaest. de j. cr. R. p. 232 sq. Wie man aber auch lesen will, ich glaube, daß immer an eine Handlung gedacht werden muß, die auf eine wirkliche Theilnahme, und nicht auf Begünstigung i. e. S. hinausläuft, wie dies ähnlich von Birnbaum im N. Archiv Jahrg. 1842 S. 53 Not 137 — freilich nur unter Festhaltung der einen Lesart — angenommen ist.

Endlich kommen ungleiche Strafen der Urheber und Theilnehmer bei den in Nov. 134 c. 1 und 9 genannten Dienstvergehen vor.

§. 18.

Durch Alles, was bisher gegen die Annahme einer gleichen Strafe der Urheber und Theilnehmer ausgeführt wurde, glaube ich dargethan zu haben, daß sich in den Quellen keine genügende Unterstützung der von mir bekämpften Ansicht findet, daß im Gegentheil dieselbe gerade dadurch widerlegt und die Meinung der Gegner, nach welcher sich nur „Ausnahmen" — nämlich in L. 2 D. 48. 9. L. un. C. 9. 38 und L. un. §. 2 C. 9. 13 — von ihrer angeblichen Regel im corpus juris civilis finden, unhaltbar ist. Denn von einer Regel, welche so viele Ausnahmen hat, wie ich nachgewiesen habe, kann wohl nicht die Rede sein. Die angebliche Regel wird übrigens auch von den Gegnern weniger auf bestimmte Aussprüche der Quellen gestützt, als vielmehr aus dem Principe der subjectiven Strafbarkeit hergeleitet, welches in der That bei den Römern nicht bestand und gar nicht bestehen konnte.

Schon das muß im höchsten Grade auffallen, daß die Römer von dem Grundsatze gleicher Bestrafung Ausnahmen zu Gunsten der Theilnehmer gerade bei solchen Verbrechen gemacht haben sollen, welche nach ihrer Ansicht zu den abscheulichsten gehörten. Die im vorigen §. besprochene L. 2 D. 48. 9 redet von einem auch nach unseren Begriffen an Größe vor anderen hervorragenden Verbrechen [1]), dessen Unbestraftbleiben den Zorn der Götter, wie die alten Römer annahmen, gegen den ganzen Staat reizen mußte; — von dem in L. un. C. 9. 38 verbotenen Durchstechen der Nildämme heißt es, daß

1) Nämlich vom parricidium.

der Verbrecher „propemodum imperii securitatem appetierit[2])"; und endlich das crimen raptus virginis etc., von dem §. 2 L. un. C. 9. 13 handelt, wird in dem Eingange der L. un. als crimen pessimum und, wenn es an geweihten Personen begangen, quum nec ab homicidii crimine sunt vacui raptores, als Beleidigung von Gott und Menschen bezeichnet. So wenig denkbar es also erscheint, daß gerade bei solchen Verbrechen ausnahmsweise die Theilnahme gelinder bestraft wurde, ebenso wenig ist von den Gegnern versucht, Gründe dafür vorzubringen. Giebt man dagegen den Gedanken einer regelmäßig gleichen Bestrafung auf und sucht zu ermitteln, aus welchen Gründen da, wo unzweifelhaft gleiche Strafe in den Gesetzen ausgesprochen ist, dieses geschehen sein mag, so lassen sich sowohl für diese Erscheinung einfache und glaubhafte Argumente erkennen[3]), als sich andererseits eine befriedigende Antwort auf die Frage, ob und wie weit dem römischen Richter erlaubt war, eine ungleiche Strafe zu verhängen, wird geben lassen.

§. 19.

Es ist eine Forderung des gesunden Menschenverstandes und unbefangenen Rechtsgefühls, daß der Verbrecher nach dem Maße und Grade seiner Schuld gestraft werde, denn die Strafe ist auf das Geschehene, auf die begangene Uebelthat zu beziehen, diese hat der Richter in ihrer concreten Erscheinung zu würdigen, damit dem Thäter nicht mehr und nicht minder Uebel zugefügt werde, als nothwendig ist. Die

2) Aegypten war die Kornkammer für Rom. Mißrieth die Ernte, so ward dies fühlbar überall im Reiche. Die Fruchtbarkeit hing von der regelmäßigen Periodicität der Ueberschwemmungen des Nils ab; unzeitig bewirkter Austritt des Nilwassers hatte das Gegentheil zur Folge.

3) S. hierüber §. 21.

Handlung muß und kann vernünftiger Weise nur stets nach ihren beiden wesentlichen und untrennbaren Seiten, der inneren und der äußeren, zusammengefaßt werden. Nicht das Innere allein bestimmt die Handlung, weil sie ihr Dasein auch in der Erscheinung in der Sinnenwelt hat, aber auch nicht das Aeußere allein bestimmt die Handlung, weil die Erscheinung derselben nur so weit angehört, als sie in dem Wissen und Wollen gegründet ist. Erst die Verbindung beider macht die Handlung aus, welche diese beiden wesentlichen Bestandtheile oder Momente hat, deren keines allein eine Handlung ist [1]).

Das römische Recht erkennt dieses auch ganz bestimmt an. Lesen wir nur, was in der L. 11 des tit. Dig. de poenis aus Marciani libr. 2 de publicis judiciis referirt wird, wo es heißt:

„Respiciendum est judicanti, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa deposcit. — — — perpenso judicio, prout quaeque res expostulat, statuendum est."

Das Verbrechen muß also seiner ganzen äußeren Erscheinung nach gewürdigt und danach die Strafe zugemessen werden, und es kann, wie Zachariä sich treffend ausdrückt [2]), unmöglich in den citirten Worten gemeint sein, „daß der Richter auf eine höchst einseitige Weise bloß das Dasein des bösen oder gesetzwidrigen Willens berücksichtigen und die äußere Beschaffenheit der That und insbesondere den Erfolg derselben ganz unbeachtet lassen solle."

Noch deutlicher redet Saturninus im ersten §. der theilweise bereits oben besprochenen L 16 D. de poenis, in welchem er sich lediglich mit der relativen Strafbarkeit der Verbrechen beschäftigt und, nachdem er im Eingange der L. cit.

1) Abegg, Strafrechtstheorieen S. 31.

2) Versuch Bd. 2 S. 90.

zur Beantwortung der Frage wegen der absoluten Strafbarkeit vier Arten von Handlungen genannt hat, fortfährt:

„Sed haec quatuor genera consideranda sunt septem modis: causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, eventu."

Da hier fast nur objective oder aus der äußeren Beschaffenheit der Handlung entnommene Strafzumessungsgründe aufgezählt sind, wird man versucht, zu glauben, die Römer hätten fast ausschließlich oder vorwiegend auf das objective Verhältniß Gewicht gelegt. Daß dieses gleichwohl nicht der Fall war, wird sich in §. 20 zur Genüge ergeben.

In völliger Uebereinstimmung mit der citirten L. 11 D. de poen. hat nach L. 4 §. 1 D. 47. 9 der Kaiser Antoninus rescribirt: daß man, um die Strafe derer, qui praedam ex naufragio diripuissent, zu bestimmen, unterscheiden müsse, ob sie „peritura collegerint, an quae servari possint flagitiose invaserint. Und dann heißt es weiter: „Ideoque si gravior praeda vi appetita videbitur, liberos quidem fustibus caesos in triennium relegabis, at si sordidiores erunt, in opus publicum ejusdem temporis dabis, servos flagellis caesos in metallum damnabis; si non magnae pecuniae res fuerint, liberos fustibus, servos flagellis caesos dimittere poteris." Deutlicher kann doch nicht auf das objective Verhältniß aufmerksam gemacht werden. Von großer Bedeutung sind aber die Worte des nun folgenden Schlusses: „Et omnino, ut in ceteris, ita in hujusmodi causis ex personarum conditione et rerum qualitate diligenter poenae sunt aestimandae, ne quid durius aut remissius constituatur, quam causa postulabit." Aehnliche Ausdrücke, welche auf die Schädlichkeit und Gefährlichkeit der That hinweisen [3]), kommen in einer

3) Zachariä a. a. O. Bd. 2 S. 90 Not. 2.

Reihe anderer Stellen [4]) vor, welche dem Richter zur Pflicht machen, er solle Strafe verfügen „pro rei conditione, pro modo delicti, pro mensura cujusque delicti, pro qualitate admissi, prout admiserint.“ Nirgendwo ist gesagt, daß diese Grundsätze bei Bestrafung der Theilnahme nicht zur Anwendung kommen sollen, ja, einige Stellen reden gerade von Theilnahme; wäre indeß solches auch gar nicht der Fall, so könnte man doch nicht umhin, anzunehmen, daß die vom römischen Recht in der Lehre von der Strafzumessung so oft und so allgemein hervorgehobene Vorschrift einer genauen Erwägung des objectiven Verhältnisses bei Bestrafung der Theilnehmer ebenfalls maßgebend war.

Ein eingehenderes, längeres Studium der Stellen des corp. jur. civ., welche strafrechtliche Bestimmungen enthalten, führt zu der Ueberzeugung, daß man in Rom von dem allgemeinen Rechtsgrunde und Zweck der Strafe nicht anders gedacht hat, als unsere heutigen Juristen darüber denken, wenngleich hier und da nur ein einzelner, besonderer Zweck der Strafe, z. B. Besserung, Prävention u. s. w., angegeben wird. Der natürlichste, einfachste und allein richtige Gedanke ist aber, daß Strafe für gewisse Handlungen sein muß, weil sonst, wie die Erfahrung lehrt, der Staat und seine Ordnung nicht bestehen könnte. Strafbar sind demgemäß die Handlungen, welche die Staats- und Rechtsordnung in der Maße verletzen oder ihr so gefährlich sind, daß die Strafe durchaus nothwendig erscheint (indem, kann man hinzufügen, gelindere Mittel nicht ausreichen [5])). Eine Reihe von Handlungen, z. B. Mord, Körperverletzung u. s. w., geben sich hiernach von selbst als

4) Vergl. z. B. L. 6 D. 48. 13, L. 7. D. 48. 15, L. 3 D. 48. 16, L. 7 §. 3 D. 48. 11.

5) Zachariä a. a. O. §. 49. 53. Abegg, Strafrechtstheorieen S. 40—45 und S. 55.

ganz offenbar die Integrität und Sicherheit des Staats und seiner Mitglieder verletzende und darum strafbare Handlungen zu erkennen, in anderen Fällen müssen die concreten Staatsverhältnisse entscheiden, ob etwas mit Strafe zu bedrohen sei, oder nicht. Zugleich ist mit unserem an die Spitze gestellten Satze nun auch ein Princip für die Wahl der Art und des Maßes der Strafe gegeben. Beide müssen sich richten nach der Größe der Schädlichkeit und Gefährlichkeit, welche eine Handlung für die Staats- und Rechtsordnung hat. Dabei ist Rücksicht zu nehmen auf ihre Gefährlichkeit an sich und den Erfolg (eventus [6])), den sie hatte, außerdem aber allerdings

---

6) Wie viel die Römer auf den Erfolg sowohl für die Frage wegen der absoluten als der relativen Strafbarkeit Gewicht gelegt haben, geht aus folgenden zwei Stellen hervor, von denen die eine zugleich noch einen Beitrag zu meiner Behauptung einer Strafbarkeit der culpa (§. 18) liefert.

Die L. 1 §. 2 D. de extraord. crimin. setzt auf die daselbst besprochenen Unzuchtsverbrechen, „perfecto flagitio", d. h. wenn der verbrecherische Erfolg erreicht ist, Todesstrafe, „imperfecto flagitio" soll eine mildere Behandlung eintreten. Unsere lex liefert also „einen Beleg 1) gegen die Behauptung, daß der mißverstandene Satz in maleficiis voluntas spectatur, non exitus in der ihm untergeschobenen Bedeutung ein allgemeines Princip des römischen Rechts sei, und beweist 2) daß dem letzteren die Annahme einer verschiedenen Strafbarkeit nach Verhältniß des Fortschreitens der verbrecherischen Thätigkeit nicht fremd ist". Zachariä a. a. O. Bd. 2 S. 97.

Mehr Schwierigkeiten macht L. 16 §. 8 D. 48. 19. „Eventus spectatur, ut a clementissimo quoque facta, quamquam lex non minus eum, qui occidenti hominis causa cum telo fuerit, quam eum, qui occiderit, puniat. Et ideo apud Graecos exilio voluntario fortuiti casus luebantur ut apud praecipuum poetarum scriptum est: *εὖτε με τυτθὸν ἐόντα Μενοιτιός ἐξ' ὀπόεντος*" etc., denn abgesehen von den verschiedenen Lesarten (worüber zu vergl. Zachariä a. a. O. S. 92 Not. 1 und die daselbst angeführten Schriften) ist es zweifelhaft, wie die Stelle, in der offenbar etwas corrumpirt ist, ursprünglich gelautet haben mag, ferner ob sie, wie Cujacius (observ. XIX. 10), Luden (a. a. O. Bd. 1 S. 29), Rein (a. a. O. S. 163) u. A. annehmen, nur von

auch auf die Gefährlichkeit des handelnden Subjects. Da es aber Jedem einleuchten muß, daß in vielen Fällen weder Erfolg und Gefährlichkeit dessen, was ein Theilnehmer eines Verbrechens thut, noch auch seine subjective Gefährlichkeit mit Erfolg oder Gefährlichkeit dessen, was ein Anderer thut, und mit dessen subjectiver Gefährlichkeit von gleicher Stärke ist, so ergiebt sich daraus von selbst, daß wir den consequent denken-

culposen Verbrechen redet, oder auch auf dolose bezogen werden darf, ob man sich unter „clementissimo" den Richter, oder den zu Bestrafenden zu denken hat. Cropp l. c. p. 55 und Sanio (ad L. Corn. p. 109) haben indeß dargethan, daß nur der letztere gemeint sein kann, und der richtige Sinn der Stelle ist: der eventus kommt in doppelter Beziehung in Betracht: einmal, sofern er zur absoluten Strafbarkeit gehört, (was übrigens nicht immer der Fall ist, wie insonderheit die Sullaische lex beweiset, die schon den qui cum telo fuerit bestraft), sodann aber ist „bei der Zumessung der Strafe neben anderen Gründen der relativen Strafbarkeit (causa, persona, locus, tempus, qualitas, quantitas) auch das Dasein und die Beschaffenheit des effectus oder eventus zu berücksichtigen. Und dies gilt nicht blos von culposen, sondern auch von dolosen Verbrechen, wogegen Cropp ganz ohne Grund in die Schranken getreten ist. Denn Saturninus will in der L. 16 cit. allgemeine Strafzumessungsgründe aufstellen, und es wird Niemanden einfallen, zu behaupten, daß die in den dem eventus vorausgehenden Paragraphen genannten Gründe nicht auf alle Verbrechen zu beziehen seien, wo eine arbiträre Bestrafung Statt findet. Folglich muß das nämliche auch vom eventus gelten, insofern sich nicht eine ausdrückliche Beschränkung nachweisen läßt". Eine solche kann darin, daß Saturninus dabei der culposen Tödtung als eines Falles gedenkt, wo die Berücksichtigung des eventus recht auffallend hervortritt, ebensowenig gefunden werden, wie in den vorhergehenden Sätzen aus der Anführung von Beispielen folgt, daß der genannte Strafzumessungsgrund nur für diese gelte. „Wäre die Berücksichtigung des eventus nicht auch auf dolose Verbrechen zu beziehen, so würde auch der etwas ungeschickt eingeschobene Zwischensatz: Quamquam lex non minus etc. offenbar gar keinen richtigen Gegensatz bilden, und wenn es heißt: eventus spectatur ut a clementissimo quoque facta, so scheint gerade in dem quoque angedeutet zu werden, daß nicht blos beim dolus, sondern auch bei der culpa der Erfolg berücksichtigt werde." Zachariä a. a. O. S. 96 ff.

den und handelnden Römern nicht zutrauen können, sie hätten jeden Theilnehmer mit derselben Strafe, wie den oder die andern belegt. Ich halte eine solche Behandlung der Verbrecher bei den Römern für so unmöglich und eine entgegengesetzte für so natürlich und nothwendig, daß ich selbst beim Mangel quellenmäßiger ausdrücklicher Beweise der letzteren eher annehmen würde, man habe etwas so sehr sich von selbst Verstehendes besonders auszusprechen für überflüssig erachtet, als ich an eine gleiche Bestrafung der Theilnahme glauben möchte.

In den Justinianeischen Rechtsbüchern wird nicht nur bei einzelnen Verbrechen, sondern auch in allgemeinen Aussprüchen über Zumessung der Strafen deutlich hervorgehoben, wie sehr es auf das mehr oder weniger Schädliche oder Gefährliche der Handlungsweise eines Theilnehmers ankomme.

Wir sehen dieses z. B. in den Stellen, welche von Religionsverbrechen handeln. In L. 8 C. 1. 5 bedrohen die Kaiser Valentinianus und Martianus weder die Handlungen der Eutychianisten und Apollinaristen mit gleicher Strafe, noch setzen sie das, was die Anhänger jenes verbotenen Glaubens überhaupt treffen soll, auch als Strafe für diejenigen fest, welche, ohne gerade jenen Secten anzugehören, den Mitgliedern derselben förderlich sind. Todesstrafe trifft diejenigen, qui illicita docere tentaverint, die Strafe des Exils nebst Vermögensverlust ist denen gedroht, welche Geistliche ernennen oder auf solche Ernennung hineingehen. Gänzlich verboten ist die Erbauung von Kirchen und Klöstern, Abhaltung von Zusammenkünften und Conventikeln bei Tag oder Nacht, ferner soll Niemand gegen die Chalcedonische Kirchenversammlung etwas äußern, schreiben, verbreiten oder, was Andere geäußert oder geschrieben haben, bekannt machen, Niemand dergleichen Schriften besitzen; Zuwiderhandeln wird mit deportatio perpetua belegt (ohne daß von Vermögensverlust die Rede ist).

Ueberhaupt sollen die Apollinaristen oder Eutychianisten von Aemtern ausgeschlossen sein, in keiner Stadt, Ortschaft oder Gegend sich aufhalten dürfen. Wer aber ihre verbotenen Handlungen, insonderheit das Abhalten ihrer Zusammenkünfte und Conventikel dadurch befördert, daß er ein ihm gehöriges Haus u. s. w. mit seinem Willen dazu benutzen läßt, soll seines Eigenthums an der Localität verlustig sein, und wenn nicht er, sondern sein Pachter, procurator etc., ohne sein Wissen dieselbe hergegeben hat, so trifft den Pachter u. s. w., jenachdem dieser eine höhere oder niedere Stellung einnimmt, eine Geldbuße von 10 Pfund Goldes oder körperliche Züchtigung.

Damit stimmt auch, was in tit. 11 lib. 1 C. vom Götzendienste und heidnischen Cultus gesagt ist. Während nach L. 7 ibid. die ministri sacrificiorum gleiche Strafe, wie der, welcher die interdicta sacrificia celebrat, leiden sollen (Todesstrafe und Vermögensconfiscation), droht L. 8 ibid. denen, die ihr Grundstück oder Gebäude wissentlich zu dem verbotenen Götzendienste hergeben, Verlust des Eigenthums und außerdem einer ihnen etwa zuständigen dignitas oder militia nebst Vermögensconfiscation, den privatae conditionis vel plebejae constitutis aber körperliche Züchtigung und condemnatio in metalla aut exilium perpetuum.

Sehr bestimmt weiset ferner §. 2 L. un. C. de raptu virg. darauf hin, daß die Strafe der Gehülfen bei diesem Verbrechen mit Rücksicht auf das objective Verhältniß verschieden ausfallen müsse. Denn Todesstrafe und Vermögensverlust trifft diejenigen, welche den Thäter comitati fuerint in ipsa invasione et rapina (s. unten §. 79), von anderen Gehülfen heißt es dagegen: poenae tantummodo capitali subjicimus.

Allgemeiner sprechen einige Stellen der Titel de poenis, insonderheit

L. 27 §. 2 D. 48. 19: „Alio quoque capite man-

datorum in haec verba cavetur: Si qui ex principalibus alicujus civitatis latrocinium fecerint, aliudve quod facinus, ut capitalem poenam meruisse videantur, commiserint, vinctos eos custodies, et mihi scribes, et adjicies, quod quisque commiserit."

Der Fall, von dem der Kaiser hier redet, ist der, wo mehreren Principalen einer Stadt als Theilnehmer [7]) an einem latrocinium oder anderen Verbrechen, wegen deren sie nach Dafürhalten des Statthalters Capitalstrafe verdient haben, abzuurtheilen sind. Die Frage, ob sie wirklich schuldig, wird als eine zu bejahende vorausgesetzt, denn es heißt: si .... fecerint, commiserint, es fragt sich nur, welche Art der Strafe, ob capitale oder nicht, und im ersten Falle, welche Capitalstrafe zuzuerkennen sei. Da nun gegen Personen von dem Stande der Angeklagten vom Statthalter ohne zuvorige Anfrage beim Kaiser überhaupt keine Strafe verhängt werden konnte [8]), befiehlt Letzterer, um eine Entschließung fassen zu können, der Statthalter solle ihm genau angeben, in welcher Weise jeder einzelne Angeschuldigte zur Hervorbringung des Verbrechens mitgewirkt habe. Dadurch wird genügend zu erkennen gegeben, daß der Kaiser nicht etwa von dem Gedanken ausging, jeder, der auf was immer für eine Weise mitwirkte, solle gleiche Strafe, wie die Uebrigen, zu leiden haben, sondern seine Strafe sei zu bestimmen pro delicti modo, prout admiserit, pro mensura delicti [9]). Es kommt also darauf an, genau zu wissen, quod quisque commiserit; eine Frage,

---

7) Denn es ist nicht gesagt: si quis — — — fecerit, sondern si qui fecerint, und nicht latrocinia, sondern latrocinium.

8) Geib, Geschichte des röm. Crim.-Proc. S. 480.

9) Vergl. Not. 4 zu S. 88.

die nur so Bedeutung haben konnte, und sonst überflüssig gewesen wäre.

Das Gesagte darf vorläufig als genügend angesehen werden, ich behalte mir vor, demnächst, wenn ich die einzelnen Arten der Theilnahme besonders bespreche, weitere Nachweise zu liefern.

§. 20.

Wie bei der objectiven, so unterscheiden die Römer auch bei der subjectiven Seite des Verbrechens je nach der größeren oder geringeren Gefährlichkeit. Je gefährlicher ihnen der verbrecherische Wille erscheint, desto härter ist die Strafe. Daher wird sie für den Rückfälligen größer[1]), desgleichen für den, der durch einen besondere Aufmerksamkeit oder Ehrfurcht einflößenden Ort oder Person sich mußte von dem Verbrechen abgehalten fühlen[2]). „Daß auch nach römischem Recht die Wichtigkeit des verletzten Rechts für den Staat sowohl in objectiver Hinsicht, als in subjectiver, indem größere Motive zur Abhaltung auch mehr unrechtlichen Willen beweisen, die Strafe erhöhte, spricht klar aus Ulpian in L. 1 pr. D. de incend. und L. 1 pr. D. de abigeis[3]).“ Ueberall haben die Gesetze die rechtliche Willensfreiheit als Grund und ihre Größe oder die aus ihr erwiesene des unrechtlichen Willens als subjectiven Maßstab der Strafe im Auge[4]), mithin wird der weniger freie und mithin als weniger gefährlich erscheinende Willen in mildernde Berücksichtigung gezogen.

---

1) L. 3 §. 9 D. 49. 16, L. 3 C. 1. 4, L. 4 C. 6. 1.

2) §. 8 und 9 J. 4. 4, L. 7 §. 8, L. 9 §. 1 und 2 D. 47. 10, L. 28 §. 8 D. 48. 19. Mathaeus, de crim. T. 18 c. 4 27. 28. Vergl. auch Bauer, Strafrecht §. 97.

3) Welcker, Letzte Gründe u. s. w. S. 567 Not. h.

4) Welcker a. a. O. S. 567 und 568.

Sehr beweisende Belege zu meiner Behauptung des subjectiven Maßstabes der Strafbarkeit liefern die Bestimmungen über das crimen receptatorum. Zu der Zeit der Republik existirte dasselbe noch nicht als besonderes Verbrechen; nach den XII Tafeln gab es aber bereits beim Verbrechen des Diebstahls eine actio furti concepti auf's triplum gegen den, bei welchem gestohlene Sachen gefunden wurden (vgl. Gajus III. 186. 191), und in einem SCtum über Bestrafung der Theilnahme an den Bachanalien heißt es (nach Livius lib. 39 c. 17): „ne quis reciperet, celaret, ope ulla juvaret fugientes." Andere Fälle finden sich nicht [5]; „doch dürfen wir wohl annehmen, daß die Hehler dann bestraft wurden, wenn sie in die Kategorie wirklicher conscii fielen, so war z. B. der wissentliche Hehler eines Mörders, wenn er nicht durch ein Pietätsverhältniß entschuldigt wurde, gewiß ebenso strafbar wie der Mörder selbst, vorausgesetzt, daß vorher eine Verabredung vorausgegangen war, desgleichen bei Majestätsverbrechen und einigen anderen [6])." Unter den Kaisern entstand nach und nach ein besonderes crimen extraordinarium der receptores, über welches tit. 16 lib. 47 der Pandekten handelt. In vielen Fällen war gleiche Strafe für dieses Verbrechen wie für den Hauptthäter angeordnet (worüber das Nähere bei Rein [7]) vorkommt), mildere Strafe war bestimmt bei Abigeat [8]), Aufnahme eines Desertor [9]), Entführung [10]). „Der Richter war aber nicht in jedem Falle streng an die Gesetze gebunden, er konnte mildere Strafen aus gewissen

---

5) Platner im Archiv von 1843 S. 175.

6) Rein a. a. O. S. 349 und über conscii S. 200.

7) a. a. S. 350.

8) Rein 202, 324.

9) L. 1 C. 12. 46.

10) L. un. §. 2 C. 9. 13.

Ursachen auflegen, sogar wenn das Gesetz für Hehler und Hauptthäter gleiche Strafe angeordnet hatte: a) bei Aufnahme eines flüchtigen Feindes erwähnt Paul. L. 40 D. poen. (48. 19) für zwei Fälle verschiedene Strafe, Deportation und Relegation, was wohl daran liegt, daß in dem ersten Falle Metrodor den Feind sciens susceperit, während in dem zweiten Falle Philoctetes eine mehr passive Rolle spielte, indem er occultari eum (sc. hostem) non ignorans diu dissimulaverit (d. h. er stellte sich, als wisse er nichts davon, oder ignorirte es). b) Bei Raub hatte der Richter den Hehler, welcher zwar dem Verbrecher den Aufenthalt bei sich gestattet (oder denselben nicht angezeigt, z. B. aus Mitleid), aber mit demselben keine gemeinschaftliche Sache gemacht und keine Bezahlung für sein Verbergen angenommen hatte, — — — milder zu strafen. Die mildere Strafe wird erwähnt L. 2 C. Th. de his qui (9. 29). L. 1 C. eod. (9. 39), wo es heißt, daß der, welcher den latro bei sich aufgenommen und nicht angezeigt habe, nur körperlich oder um Geld bestraft werden solle, pro qualitate personae et judicis aestimatione (also nach den näheren Umständen), desgleichen mildere Strafe für den mehr passiv verfahrenden Herrn, welcher in fundo suo — latrones habere se meminerit, nisi eos — prodiderit. L. 7 und 8 pr. C. Th. de desert. (7. 18). c) Regelmäßig wurde die Strafe gemildert, wenn Frauen[11]) sich dieses Verbrechens schuldig gemacht hatten, L. 39 §. 4 D. ad leg. Jul. adult. (48. 5), oder wenn der Hehler mit dem latro verwandt war, denn in diesem Falle sündigte der Aufnehmende nicht der Sache wegen, sondern der Person zu

11) Offenbar, weil anzunehmen, daß ihre Gutherzigkeit sie verleitete.

Liebe, L. 2 D. recept. (47. 16)[12]: „Neque absolvendos, neque severe admodum puniendos; non enim par est eorum delictum et eorum, qui nihil ad se pertinentes latrones recipiunt.“

Dieselben Principien liegen offenbar auch den von der Strafe der Theilnahme redenden Bestimmungen zu Grunde. So sagt L. 2 C. 9. 19, daß der Sclave, der sich ohne seines Herrn Wissen der sepulcri violatio schuldig macht, metallo addicirt, dagegen, wenn ein Befehl seines Herrn ihn zu dem Verbrechen gedrängt hat, mit relegatio belegt werden soll. So wird ferner der Sclave, der ohne seines Herr Wissen vim publicam verübte, mit dem Tode bestraft, derjenige dagegen, der das Verbrechen auf seines Herrn Befehl beging, wird in ein Bergwerk gethan.

Noch beweisender ist der Inhalt der L. 2 D. 47. 21, über den ich im §. 78 mich weiter aussprechen werde.

§. 21.

Dennoch bleibt es immer auffallend, daß sich eine Reihe von Stellen im corpus juris findet, welche ganz deutlich dieselbe Strafe, welche dem Thäter gedroht ist, auch den Theilnehmern androhen, und da die Anzahl jener Stellen keine unerhebliche ist, so wird man versucht, zu zweifeln, daß die von mir angegebenen Principien wirklich bestanden, indem es scheint, daß von Regeln nicht die Rede sein könne, wo es so viele Ausnahmen giebt. Indeß liegt die Sache doch anders, als es uns auf den ersten Blick vorkommt, Alles wird sich einfach und unschwer erklären lassen.

1) Ein Theil jener Stellen handelt von Privatdelicten, in Ansehung deren bereits in §. 14 gezeigt wurde, daß aus

12) Rein a. a. O. S. 351—353.

ihnen gegen meine Behauptungen kein Argument hergenommen werden könne. Und in den Fällen, wo mit der Zeit statt einer actio poenalis eine öffentliche Anklage und judicium extraordinarium eintrat, wurden in der That nichts weniger als sich immer gleich bleibende Strafen verhängt. Wir sehen dieses z. B. beim Verbrechen der directarii [1]), effractores [2]), bei der sepulcri violatio [3]) u. s. w.

2) In der umfangreichen Classe derjenigen Stellen, welche den alten leges publicae und den sie ergänzenden Bestimmungen entnommen sind, in denen sich fast durchgängig die oben (§. 6) erwähnte, auf die Theilnahme sich beziehende Formel findet, ist für Theilnahme dieselbe Strafe wie für den Thäter ausgesprochen, aber nichts davon gesagt, daß eine Modification eintreten könne. Wenn ich nun auch nicht im Stande bin, darzuthun, daß letztere zur Zeit der quaestiones perpetuae wirklich Statt gefunden habe, so darf doch, soviel die spätere Zeit betrifft, nicht daran gezweifelt werden, daß die gesetzlich bestimmten Strafen die Thäter nicht immer trafen [4]). Dieses

1) L. 7 D. 47. 11, wo Ulpianus Condemnation in temporäres opus publicum, oder temporäre relegatio, (wobei die Länge der Zeit vom richterlichen Ermessen abhing), oder körperliche Züchtigung, deren Maß der Richter bestimmt, erwähnt; L. 1 §. 2 D. 47. 18, wonach die directarii „causa cognita, prout admissum suggerit“, also je nach den näheren Umständen der That, aber keinen Falls härter als mit relegatio, wenn sie honestiores, oder mit opus publicum, wenn sie Gemeine sind, gestraft werden sollen. „Aus diesen Stellen“ — sagt Rein S. 319 — „geht hervor, daß der Richter einen ziemlich freien Spielraum hatte.“

2) Sie werden etwa wie directarii bestraft. Rein S. 320. Doch nahm man Rücksicht auf die Zeit des Einbruchs. L. 1 §. 2 D. 47. 18. arg. L. 1 und 2 D. 47. 17.

3) Vergl. über die große Verschiedenheit der möglichen Strafen Rein S. 900.

4) Vergl. hierüber §. 10 S. 28 und 29.

ist nicht nur aus ganz allgemein redenden Stellen, wie z. B. L. 11 D. de poenis zu ersehen, sondern es geht auch auf's Bestimmteste aus solchen hervor, in denen von Bestrafung einzelner, speciell angeführter Verbrechen die Rede ist [5]). Wissen wir nun zwar, daß in der letzten Hälfte der auf die Zeit der quaestiones perpetuae folgenden Periode die Kaiser sich bestrebten, die Richter an die überlieferten Gesetze der Vorzeit streng festzubannen (vgl. S. 30), und gilt dieses im Allgemeinen auch von Justinian (der wahrlich nicht gewillt war, den Gerichten die interpretatio und Fortbildung des Rechts zu überlassen), so sehen wir andererseits doch, daß die Stellung der Richter noch immer eine ziemlich freie war. Denn Justinian hat ja die darauf sich beziehenden, allgemein oder speciell redenden Stellen aus den Schriften der Juristen mit

---

5) Z. B. a) die Bestimmungen in L. 1, L. 3 D. vergl. mit L. 6 D. 48. 13. Danach ward das sacrilegium in Gemäßheit der Lex Julia ursprünglich bestraft mit aquae et ignis interdictio, später mit Deportation und Vermögensverlust, nach L. 6 cit. soll gestraft werden „pro qualitate personae proque rei conditione, et temporis, et temporis et aetatis, et sexus vel severius, vel clementius", was an Beispielen erläutert wird. Vergl. auch L. 4 §. 2 eod. „.... ut, prout quisque deliquerit in eum animadvertant. Et sic constitutionibus cavetur, ut sacrilegi extra ordinem digna poena puniantur".

b) Die calumnia war nach der Lex Remmia mit Brandmarkung und Infamie bedroht, danach wurden calumniatores „pro qualitate admissi" bestraft, endlich ward talio zur Regel (Rein S. 816 Not. **), aber es kamen auch andere Strafen vor (Rein S. 817).

c) Das crimen annonae bedrohte die Lex Julia. Nach L. 2 §. 2 D. 48. 12 trat „poena viginti aureorum" ein. In L. 6 D. 47. 11 sagt aber Ulpian: „Poena in hoc varie statuitur; nam plerumque, si negotiantes sunt, negatione eis tantum interdicitur, interdum et relegari solent" etc.

d) Das plagium ward nach der Lex Fabia mit einer Geldstrafe belegt. In L. 7 D. 48. 15 heißt es jedoch: „Poena pecuniaria statuta lege Fabia in usu esse desiit, nam in hoc crimine detecti pro delicti modo coercentur" etc. Uebrigens vergl. unten.

in sein Rechtsbuch aufgenommen, und sie so gut, wie die den leges und ihren Ergänzungen entnommenen als Gesetze publicirt. Dadurch ist auf's Bestimmteste „der Grundsatz anerkannt worden, daß die Richter nicht, wie in den quaestiones perpetuae bloß zwischen der bestimmten Strafe der Lex und der völligen Freisprechung zu wählen, sondern mit Rücksicht auf die mildernden oder erschwerenden Umstände des Verbrechens in dem einen Falle diese, in dem andern eine andere, unter der einen Voraussetzung eine strengere, unter der andern eine weniger strenge Strafe zu bringen, das Recht und die Pflicht haben sollten[6])."

Ist dieses im Allgemeinen richtig, so muß es auch als richtig in besonderer Beziehung auf Theilnahme angenommen werden, d. h. der Theilnehmer wird nach Justinianeischem Rechte nicht immer wie der Thäter, sondern je nach der objectiven und subjectiven Schädlichkeit oder Gefährlichkeit der Handlung bestraft. Vgl. z. B. L. 2 D. 47. 21, L. 6 §. 2 D. 48. 16, L. un. §. 2 C. 9. 13, L. 37 C. 9. 9, Nov. 134 c. 11, L. un. C. 9. 38, L. 6 §. 2 D. 48. 13 und andere im §. 17 bereits besprochene Stellen.

3) Umgekehrt müssen wir der letzten Hälfte der auf die quaestiones perpetuae folgenden Zeit angehörige Aussprüche der Kaiser, wenn sie eine frühere gleichmäßige Strafe der Theilnehmer wie der Thäter androhende Bestimmung wiederholen oder eine derartige ganz neue Verfügung enthalten, als solche betrachten, an welche die Gerichte streng gebunden sein sollten, mithin von einer je nach Umständen zuzumessenden Bestrafung keine Rede sein konnte. Diese verhältnißmäßig in geringer Anzahl vorkommenden Sanctionen sind nämlich aus besonderen politischen, religiösen oder anderen

6) Geib, Geschichte des Crim.=Proc. S. 663.

legislatorischen Gründen hervorgegangen, die ausdrücklich hervorgehoben oder wenigstens auf irgend eine Weise angedeutet werden. Einige Beispiele mögen die Sache deutlicher machen:

Auf Hochverrath stand nach der Lex Julia für Thäter und Theilnehmer aquae et ignis interdictio (ohne Unterschied zwischen den einzelnen Verbrechen der alten perduellio und der majestas[7])). Dieses Verbrechen ist das gefährlichste, welches es nach römischer Ansicht giebt, denn es handelt sich um das Bestehen des römischen Staates selbst, so daß der bloße Gedanke schon strafbar erscheint[8]), die ganz unschuldige Descendenz des Verbrechers eigentlich aus dem Leben geschafft werden müßte[9]), eine Verwendung um Gnade für den Schuldigen schon Infamie nach sich ziehen soll[10]) und, um zur Ueberführung zu gelangen, die eigenen Sclaven des Verdächtigen gegen ihn gefoltert werden dürfen[11]); daher kann es nicht auffallen, wenn in einer Constitution vom Jahre 397, welche überall das Gefährliche dieses Verbrechens recht scharf hervorhebt, gesagt wird: „Id, quod de praedictis eorumque filiis cavimus, etiam de satellitibus, consciis ac ministris filiisque eorum simili severitate (wodurch also alle Möglichkeit einer Modification ausgeschlossen ist,) censemus, ein Satz, der, wie fast der ganze übrige Inhalt der L. 5 C. 9. 8, sogar noch in der goldenen Bulle tit. 24 §. 10 wiederholt ist.

---

7) Paulus V. 29. 1. Tacitus, Annal. III. 38. 50. Rein S. 527. Walter, Gesch. des röm. Rechts §. 803.

8) L. 5 pr. und L. 6 C. 9. 8 (freilich unglossirt).

9) Damit nicht die verbrecherische Gesinnung sich in ihr fortpflanze. Nur als Gnade sieht L. 5 §. 1 C. 9. 8 es an, wenn den Kindern das Leben gelassen wird.

10) L. 5 §. 2 C. 9. 8.

11) L. 6 C. 9. 8.

Elternmord ist von jeher als eins der schwersten Verbrechen angesehen. Ein Blutgericht über Vatermord bestand aus religiösen Rücksichten, damit ein so furchtbares Vergehen nicht den ganzen Staat mit dem göttlichen Zorne belaste, schon in der Urzeit, während gewöhnlicher Mord damals noch der Privatsatisfaction überlassen war [12]). Schon aus diesem Grunde hätte es nicht auffallen können, wenn man zu allen Zeiten auch über die Theilnehmer die Strafe des Thäters verhängt hätte. Daß man nicht streng genug strafen könne, blieb bis in Justinian's Zeit ein leitender Gedanke, nach der Lex Pompeja war die Strafe des Elternmordes die poena culei, sie variirte später zwar zu verschiedenen Zeiten, Constantin führte aber die poena culei wieder ein [13]). Justinian adoptirte dieses in §. 6 I. 4. 18, wobei er zugleich erklärt, daß die Theilnehmer dieses Verbrechens — welches er als ein „crimen asperrimum" ausdrücklich bezeichnet — wie schon nach dem Pompejischen Gesetze verordnet sei, mit eben derselben Strafe, und zwar selbst dann zu belegen seien, wenn sie auch extranei wären. Ich halte somit auch dafür, daß durch diesen Ausspruch selbst die nach L. 2 D. 48. 9 möglichen Fälle einer ungleichen Bestrafung der Theilnahme, Justinian's Willen gemäß für die Zukunft ausgeschlossen sein sollten [14]).

Bei Bestimmung der Strafe des Ehebruchs waren ursprünglich politische Rücksichten leitend. Das Sittenverderbniß der Männer und noch mehr der Weiber hatte gegen das Ende der Republik einen höchst bedrohlichen Grad erreicht, Zucht und Sitte waren erstorben und die vornehmsten Frauen wur-

---

12) Rein a. a. O. S. 401.

13) L. un. C. 9. 17.

14) Die Fälle der L. 2 cit. haben also nur eine rechtsgeschichtliche Bedeutung. Vergl. v. Savigny, System I. 271, 278.

den entweder wegen adulterii von ihren Männern verstoßen, oder sie schieden sich von selbst, um desto ungezügelter leben zu können. An die Dauer der Familien, die Grundlagen des Staats, und deren Reinheit war nicht zu denken, wenn nicht dem Unwesen gesteuert ward, daher erschien die Lex Julia de adult. Nach L. 8. 9. 10. 12. 33 §. 2 D. des Titels zu diesem Gesetze unterliegt die Theilnahme derselben Strafe, wie das Verbrechen selbst, dieselbe bestand, abgesehen von Vermögensbußen, in aquae et ignis interdictio, für welche bald deportatio und relegatio in insulam aufkam [15]). Constantin faßte unter dem Einflusse des Christenthums mehr den sittlich-religiösen Gesichtspunkt als den politischen in's Auge und bestimmte für den adulter den Tod durch's Schwert, für das Weib Exil [16]). Justinian bestätigte für den adulter diese Strafe, die Frau soll in's Kloster gesteckt werden, aus dem sie der Mann binnen 2 Jahren herausnehmen kann. Daß aber Theilnehmer derselben Strafe verfallen sollen, schärft er noch in der Nov. 134 c. 10 in Ausdrücken ein, die nicht mißverstanden werden können [17]).

L. un. C. 9. 36 droht für den, der einen libellus famosus findet und verbreitet, gleiche Strafe wie für deren Verfertiger, und giebt ausdrücklich den Grund dieser Gleichstellung an. Der Verbreiter ist ein quasi auctor, er bewirkt dasselbe, was der letztere anzurichten vorhatte. Die Motive des Gesetzes waren, wie schon die älteren Ausleger bemerkt haben (Weber, Ueber Injurien. Ad. I. 215 ff., Gothofredus ad tit. Cod. Th. de famos. libell.), theils bei der bestehenden Anklagefreiheit der Calumnie zu steuern, theils die

---

15) Rein S. 848.

16) Rein S. 851.

17) „... illis quoque, qui intermedii aut ministri tam impii criminis fuerunt, easdem poenas sustinentibus" etc.

Bekanntmachung und öffentliche Rüge der Verbrechen und Laster der Despoten und ihrer Günstlinge zu verhindern, eine Rücksicht, aus welcher sich die mit der Größe des Verbrechens außer allem Verhältnisse stehende Todesstrafe am leichtesten erklären läßt [18]).

4) Es kommen ferner Stellen vor, in denen lediglich von der Anstiftung gehandelt wird, welche nach römischem Recht regelmäßig bestraft ward, wie das Verbrechen selbst. In dieser Beziehung wird es noch heut' zu Tage ebenso gehalten, Niemand wird also in jenen Stellen etwas Absonderliches finden. Man hat sie aber irrthümlich als solche angesehen, in denen von Bestrafung der Theilnahme überhaupt die Rede sei, so daß sie auch auf Beihülfe zu beziehen sein würden. Diese gleiche Behandlung der Beihülfe war aber bei den Römern wenigstens nach dem Aufhören der quaestiones perpetuae als Regel nicht üblich, wie die bereits früher von mir besprochenen Fälle der Beihülfe [19]) ergeben und sich noch unten, wo ich von der Beihülfe im Besonderen rede, näher zeigen wird. Der Grund, wie man dazu kam, jene nur von der Anstiftung redenden Stellen auch von Beihülfe zu verstehen, liegt theils darin, daß man die Terminologie [20]) entweder nicht genau kannte oder darauf nicht achtete, theils darin, daß hier und da Ausdrücke vorkommen, die allerdings möglicherweise auch zur Bezeichnung der Beihülfe dienen können. So z. B. kann das Wort consilium nicht bloß auf eine in Rath bestehende Anstiftung, sondern auch auf eine in Ertheilung eines Raths bestehende Beihülfe gehen. (Vgl. Note 16 zu §. 10.) Dasselbe gilt von den Ausdrücken „qui dolo fecit, cujus dolo malo factum est, ut“ etc., worüber ich in §. 7

18) Henke, Criminalrecht. Berlin 1826. Th. 2 S. 281.

19) Vergl. die einschlagenden Stellen in §. 17. 19.

20) S. darüber unten §. 41 Not. 2.

sub 2 bereits das Nöthige gesagt habe. Droht nun eine Stelle nur eine und dieselbe Strafe und läßt sich der darin gebrauchte Ausdruck sowohl auf Anstiftung als auf Beihülfe beziehen, so liegt doch wahrlich kein Grund vor, beides anzunehmen, wenn diese Stelle nicht gerade aus einer der für die quaestiones perpetuae gegebenen leges oder deren ergänzenden Bestimmungen entnommen ist. Wäre sie aber aus einer solchen entsprungen, so würde wiederum Alles, was ich sub 3 gesagt habe, in Betracht kommen.

5) Vgl. noch das in §. 79 über Beihülfe Gesagte.

Zweites Capitel.

Das canonische Recht.

§. 22.

In den Aeußerungen der meisten Schriftsteller, welche den vorliegenden Gegenstand behandelt haben, tritt uns zweierlei entgegen: eine auffallende Kürze, um nicht zu sagen Dürftigkeit, des Gesagten und die Behauptung oder wenigstens sehr bestimmt lautende Andeutung, daß das canonische Recht noch mehr als das römische an dem s. g. subjectiven Standpuncte festhalte. Als Grund der Kürze geben die sich entschuldigenden Autoren an, daß im corpus juris canonici wenige die Theilnahme am Verbrechen betreffende Bestimmungen vorkommen, während sie zur Begründung des angeblich vorwiegenden subjectiven Standpunkts anführen, die canonischen Sätze seien nicht eigentlich auf ein Vergüten des angerichteten materiellen oder ideellen Schadens, nicht auf Vergeltung, überhaupt nicht auf das Aeußere, sondern vorzugsweise auf das Innere, auf

Besserung des Verbrechers, Versöhnung mit Gott und Bekämpfung auch der sündhaften Gedanken berechnet [1]).

In diesen Behauptungen liegt Wahres mit Unrichtigem vermischt. Zwar mag zugegeben werden, daß sich kein so reiches Material für die Lehre von der Theilnahme aus dem corp. jur. canon. entnehmen läßt, wie aus Justinian's Sammlungen, aber keineswegs ist dasselbe so gering, wie man uns glauben machen möchte. Andererseits dürfte noch zu untersuchen sein, ob der Umstand, daß nicht häufiger im canonischen Rechte von der Theilnahme gehandelt wird, etwa darin seinen Grund hat, daß die geistlichen Gerichte den Bestimmungen des römischen Rechts, wie in so vielen anderen Punkten, so auch hier folgten, und würde — wie ich später darzuthun hoffe — dieses sich bestätigen, so ergäbe sich von selbst der weitere Schluß, daß es überflüssig war, mehr Bestimmungen, als geschehen, in die canonischen Sammlungen auf-

1) Z. B. Geib, Criminalrecht I. S. 125. „Das Verbrechen erscheint als Sünde, d. h. nicht als Widerspruch oder Auflehnung gegen den Willen und die Gebote des Staats, sondern als Widerspruch oder Auflehnung gegen den Willen und die Gebote Gottes — — — — —. Folgen dieser Auffassung des Verbrechens als Sünde: Unmöglichkeit, in dem Verbrechen eine bloße Privatsache des verletzten Einzelnen zu erblicken — — —; ingleichen Nothwendigkeit einer, selbst verglichen mit den einschlagenden Grundsätzen des spätern römischen Rechts, noch stärkern Betonung des sog. subjectiven Gesichtspunkts gegenüber dem sog. objectiven Gesichtspunkte, und eben damit noch vergleichungsweise gesteigerte Berücksichtigung der jedesmaligen Willensrichtung des Handelnden resp. noch geringere Beachtung des äußern Erfolgs seiner Thätigkeit." S. 127. „Ebenso eigenthümlich wie die Auffassung des Begriffs des Verbrechens ist die Auffassung des Begriffs der Strafe. Dieselbe wird verhängt, um den Schuldigen mit Gott wieder zu versöhnen und dessen Zorn abzuwenden, also lediglich im Interesse des Bestraften selbst und als Wohlthat für denselben, nicht als Uebel; daher der consequent festgehaltene Gedanke, auf wahre und innerliche Besserung des Verbrechers hinzuwirken" u. s. w.

zunehmen. Endlich ist auch durchaus unrichtig, wenn man gesagt hat, daß von einem Rechte, welches böse Gedanken, Wünsche und Entschlüsse für eine ebenso große Sünde wie That erkläre, unmöglich irgend welche erhebliche Berücksichtigung des objectiven Verhältnisses erwartet werden könne.

§. 23.

Die Stellen, welche man als Belege hierfür citirt, wie z. B. c. 25 [1]), 28 [2]), 30 [3]), C. 33 qu. 3 de poenit. dist. 1. c. 9 X. 5. 41 [4]), sind offenbar keine dem jus criminale angehörige, sondern den Schriften der Kirchenväter entnommene oder auf diesen basirte, auf den inneren Gerichtshof und das Reich des Gewissens sich beziehende Aeußerungen, in welchen die Verfasser sich über die Sünde der Menschen und die deswegen erforderliche Reue und Buße verbreiten. So z. B. heißt es in c. 29 C. 33 qu. 3 de poenit. dist. 1 (Augustinus libr. 50 hom. homil. 28): „Si propterea non facis furtum, quia times, ne videaris, intus fecisti, in corde fecisti: furti teneris, et nihil tulisti.“ Daß von

---

1) Hieronymus in Esa. c. 33. „Omnis iniquitas, et oppressio, et injustitia judicium sanguinis est: et licet gladio non occidat, volundate tamen interficit.“

2) Augustinus libr. 19 contra Faustum c. 23. „Homicidium lege vetitum, putabatur non aliud esse, nisi corporis peremtio. Aperuit ergo Dominus, omnem iniquum motum ad nocendum fratri in homicidii genere deputari.“

3) Idem de libero arbitrio lib. 1 c. 3. „Si cui etiam non contingat facultas concumbendi cum hac conjuge aliena, planum tamen aliquo modo sit id eum cupere, et, si potestas detur, facturum esse, non minus reus est, quam si in ipso facto deprehenderetur. Voluntas remuneratur, non opus. Voluntas autem in cordis contritione est, opus vero in oris confessione.“

4) Augustinus in libro de sapientia. „Defleat peccator, quia offendens in uno, factus est omnium reus.“

diesem Satze keine Anwendung im practischen Strafrechte gemacht werden kann, ergiebt einfach der Satz: „cogitationis poenam nemo patitur," welcher im corp. jur. canon. an mehr als einer Stelle vorkommt[5]), und von dem die geistlichen Gerichte ganz wie die Römer Anwendung machten. Aeltere[6]) und neuere[7]) Criminalisten erkennen dieses an, namentlich tritt es in den canonischen Bestimmungen über den Versuch hervor, alle Stellen, in denen von diesem gesprochen wird, „enthalten nur solche Beispiele, in welchen bereits eine auf das Verbrechen unmittelbar gerichtete Handlung vorgenommen ist[8])."

Dieser Umstand, daß auch in das corp. jur. canon. der Satz: „cogitationis poenam" etc., und zwar wiederholt aufgenommen ward, ist von außerordentlicher Tragweite, es erklären sich zum Theil daraus viele Stellen, auf die ich gelegentlich kommen werde. Unser Satz schlägt aber überhaupt vollständig die Meinung, daß es den Canonisten auf das ob-

5) Z. B. c. 14 C. 33 qu. 3 de poenitentia dist. 1. S. auch die folgende Note.

6) So heißt es schon bei Jacob de Belvisio (Pract. crim. lib. 3 c. 26 Nr. 3: „Sola autem cogitatio simpliciter dicta non punitur jure divino nec humano", ferner Duranti specul. jur. lib. 3 rubr. 1: „Tunc autem ex crimine ad accusationem pervenitur, quum illud in actum processit: alioquin cogitationis poenam nemo meretur, nec inde accusatio procedit, ut de poen. dist. 1 c. cogit. quae est. ff. de poen. et sic intelligitur eadem dist. c. si quis non dicam rapere quae est. C. de episcop. et cleric. cum suis concor. Licet. sit. arg. contra X. de hom. c. pro humani. Accusatio ergo actum desiderat." Vergl. Lelièvre, de conat. delinq. p. 7 etc.

7) Mittermaier im Archiv Bd. 2 S. 614. Zachariä, Vers. I. S. 189 ff.

8) Mittermaier a. a. O. mit Berufung auf clem. I. de poen. c. 4 X. vag. de Judaeis c. 2 C. 36 qu. 2. c. 2 X. de rapt.

jective Verhältniß bei Beurtheilung der Theilnahme gar nicht ankomme. Zu dieser Ansicht hat, abgesehen von dem Mangel eines gründlichen Quellenstudiums, die ebenfalls irrige Annahme geführt, daß der Zweck des canonischen Strafrechts lediglich in Besserung des Delinquenten bestehe. Im Gegentheil, wie alle Legislationen, so bleibt auch die canonische nicht bei einem einzigen Zwecke stehen, was sich aus zahlreichen Stellen ergiebt [9]).

§. 24.

In criminalprocessualischer [1]) Hinsicht sowohl, als im materiellen Strafrechte schließt sich das canonische Recht auf das Bestimmteste den römischen Rechten an, indem nicht nur häufig auf letztere verwiesen wird, sondern ganze Fragmente und Constitutionen der Justinianeischen Sammlungen in's corp. jur. canon. recipirt sind [2]). Insonderheit kommen solche darin

9) Auf Besserung des Delinquenten kann man doch unmöglich beziehen c. 1 X. 5. 13, indem die Schlußworte auf einen bereits Verstorbenen gehen; s. ferner c. 2 in VI. 3. 20, wo von Satisfaction und Verhinderung der Delicte die Rede ist, c. 1 dist. 4, c. 1. X. 5. 26, c. 13 X. 2. 24, wo Abschreckung als Zweck bezeichnet wird. c. 26, 27 C. 17 qu. 4, c. 37 C. 23 qu. 5, c. 2 X. vag. comm. 5. 1.

1) Z. B. c. 19 C. 6 qu. 1. Eusebius Papa: „Nos sepuentes Patrum vestigia pro salvatione servorum Dei, quascunque ad accusationem personas leges publicae non admittunt, his impugnandi alterum et nos licentiam submovemus; et nullae accusationes a judicibus audiantur ecclesiasticis, quae legibus saeculi prohibentur.“ Vergl. c. 1 dist. 17, c. 7 C. II. qu. 1 und dazu Richter, Kirchenrecht §. 225 sub. I. — c. 2 C. 2 qu. 8, c. 2. 3. 4 C. 3 qu. 11, c. 3 C. 5 qu. 2, c. 23 C. 6 qu. 1, c. 45 C. 11 qu. 1.

2) Z. B. c. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 21 C. 33 qu. 3, de poenit. dist. 1 c. 7. C. 12 qu. 2, c. 28 X. 5. 33, c. 6 in VI. 5. 11, c. 45. 46. 47 dist. 50, c. 26. 27. 28. 29. 30 C. 1 qu. 1, c. 2 und 22 C. 6 qu. 1, c. 21 C. 11 qu. 1, c. 7 C. 12 qu. 2, c. 4 C. 15 qu. 3.

vor, welche sich auf die Theilnahme am Verbrechen beziehen, z. B. c. 22 C. 6 qu. 1 (conf. L. 5 C. 9. 8), c. 128 C. 1 qu. 1 (eine unveränderte Wiederholung der L. 2 D. 47. 13), c. 22 C. 11 qu. 1 (wo der Ausdruck „ab exteris legibus prohibita“ auf römisches Recht geht, denn der Papst schreibt an die französischen Bischöfe), und im Decrete Gratian's enthält Caus. 33 de poenit. qu. 3 dist. 1 in c. 12 §. 3 eine buchstäbliche Wiederholung von L. 11 pr. D. 47. 10, in c. 15 von L. 1 pr. und §. 2 D. 47. 11 und in c. 19 von der so wichtigen L. 16 D. de poen. (unter Weglassung der §§. 9 und 10 [3])). Dieses Alles beweist, daß es dem canonischen Rechte an und für sich nicht darum zu thun ist, die Bestimmungen des römischen zu beseitigen. Es ist dann auch ganz ungerechtfertigt, wenn man behauptet, das canonische Recht enthalte keine allgemeinen Principien über die verschiedenen Arten der Theilnahme, insonderheit nicht über die Behandlung der Gehülfen im Verhältnisse zum Urheber. So ungefähr äußert sich Geib [4]), wobei er hinzufügt: „Blos bei Gelegenheit eines höchst singulären Falles — Tödtung des h. Thomas von Becket — erklärt es, daß die hier thätig gewesenen Gehülfen, wenigstens hinsichtlich der canonischen Buße, milder sollten behandelt werden, als die eigentlichen Urheber: c. 6 X. de homic. (5. 12).“ Vielmehr ist hier consequent anzunehmen, die Entscheidung in dieser Stelle sei eben, den Grundsätzen des römischen Rechts entsprechend, lediglich eine Anwendung allgemeiner Regeln desselben. Auch wird sich in

---

3) Es läßt sich wohl annehmen, daß die Canonisten, die des römischen Rechts kundig waren und seine Vortrefflichkeit erkannt hatten, die Sätze desselben häufig anwandten, ohne sich allemal bewußt zu werden, daß dieselben eben die in den Justinianeischen Sammlungen enthaltenen Bestimmungen seien.

4) Vergl. dessen Strafrecht Bd. 2 S. 330.

der Folge zeigen, daß sie nicht vereinzelt dasteht und nur denen als eine ganz besondere, ja auffallende erscheinen kann, welche von unbegründeten Voraussetzungen ausgehen.

Von der absoluten Strafbarkeit der Theilnahme.

§. 25.

Daß im canonischen Rechte die Theilnahme überhaupt, daß sie nicht blos in einzelnen bestimmt bezeichneten Fällen strafbar erscheint, darf unbedenklich angenommen werden, würde sich, so zu sagen, ganz von selbst verstehen, wenn wahr wäre, was oft behauptet ist, daß Alles, was sündhaft, auch der Strafe unterliege. Von diesem Gesichtspunkte kann man aber meines Erachtens nicht ausgehen, es sind also andere Beweise für meine Behauptung erforderlich.

Da wir nun soeben den genauen Zusammenhang des canonischen und römischen Strafrechts haben kennen lernen, so wird es erlaubt sein, schon hieraus einen nicht sehr gewagten Schluß auf absolute Strafbarkeit der Theilnahme zu ziehen, indem diese, wie ich §. 3 ff. glaube dargethan zu haben, im römischen Rechte nicht bezweifelt werden kann. Und in der That finden sich im corp. jur. canon. bei den meisten rein kirchlichen[1]), wie den gemischten[2]) Verbrechen außer den auf den Thäter bezüglichen Bestimmungen auch solche, welche über die Theilnahme sich aussprechen.

Was endlich mehr als alles bisher Gesagte beweisen dürfte, ist der Umstand, daß sich in c. 19 C. 33 qu. 3 de poenis dist. 1 sogar der ganze Inhalt der L. 16 D. de poenis (so

---

1) Vergl. Richter, Kirchenrecht §. 215—220. Grolmann, Kirchenrecht §. 94.

2) Vergl. Richter §. 221. Grolmann a. a. O.

weit er uns hier interessirt) wörtlich wieder findet; erinnert man sich nun aus meinen Ausführungen in §. 10, daß die Worte der L. 16 cit. bis zum §. 1 sich ausschließlich auf die absolute Strafbarkeit beziehen, und ferner, daß in den Worten „aut consilia, aut conjurationes et latronum conscientia, quosque alios suadendo juvisse sceleris est instar und fast Alles ausgedrückt ist, was wir unter Theilnahme verstehen; so wird hoffentlich aller Zweifel an der Richtigkeit des an die Spitze des gegenwärtigen Paragraphen gestellten Satzes verschwinden.

Von der relativen Strafbarkeit der Theilnahme.

§. 26.

v. Schirach sagt in dem schon früher erwähnten Aufsatze [1]), das canonische Recht könne, da es die Verbrechen als Sünden betrachte, bei der äußern Beurtheilung derselben wenig oder gar keine Anwendung finden. Kleinschrod behauptet zwar, daß es in dem cap. 6 X. de homicid. [2]) gegen

1) Archiv Bd. 3 S. 423.

2) Diese Stelle, welche uns noch viel beschäftigen wird, lautet: „Sane, quum vir discretus existas, plenius nosti, quod in excessibus singulorum non solum qualitas et quantitas delicti, sed aetas, scientia, sexus atque conditio deliquentibus sunt attendenda: et non solum secundum praedicta, sed secundum locum et tempus, quo delictum committitur, unicuique poenitentia debet indici, quum idem excessus magis sit in uno quam in alio puniendus.

§. 1. Illi autem, qui animo occidendi, feriendi aut capiendi illum sanctum et reverendum virum quondam Cantuarien. Archiepiscopum citra manuum injectionem se fatentur venisse, si de illa captione mors ejus secuta fuisset, pari poenitentia vel fere pari existerent puniendi.

§. 2. Illi etiam, qui non ut ferirent, sed ut percussoribus opem ferrent, si forte per aliorum violentiam impedirentur, paulo

die Gehülfen eine gelindere Strafe der Hülfsleistung nach Verschiedenheit der Fälle, d. h. nach den mancherlei Arten der Theilnahme am Verbrechen, dem Ermessen des Richters überlasse, indeß das Gebiet des Strafrechts sei ein eigenes Feld, worauf die aus ganz verschiedenen Gründen entsprungenen canonischen Begriffe und Vorschriften nicht übertragen werden müssen. Das canonische Recht mache wirklich keine solchen Abstufungen der Strafbarkeit zwischen dem Urheber und Gehülfen des Verbrechens. Strafe es gleich im 2ten §. des angeführten Capitels denjenigen gelinder, der den Mörder nur in der Absicht begleitete, zu verhüten, daß derselbe nicht an der Vollbringung der That gehindert werde, so setze dagegen der erste §. eine gleiche oder beinahe gleiche Strafe für den Urheber und den Gehülfen fest u. s. w.

Wie fehlsam und sich selbst widersprechend dieses ganze Raisonnement ist, braucht kaum nachgewiesen zu werden. Zunächst verkennt Schirach ganz, daß es im canonischen Rechte zwar geistliche Zuchtmittel oder Censuren, sog. poenae medicinales[3]), giebt, welche dem Zwecke der Heilung und Erziehung dienen, daß diese aber keineswegs nach Willkür, sondern nach festen juristischen Grundsätzen verhängt werden sollen (wie solches schon unzweideutig aus vielen der in Not. 1 und 2 zu §. 24 angeführten und manchen andern Stellen, z. B. c. 6 X. 5. 12, worauf später recurrirt wird, zu ersehen ist).

---

minori poena debent mulctari, quia quum scriptum sit: qui potuit hominem liberare a morte, et non liberavit, eum occidit: constat ab homicidii reatu immunes non esse, qui occisoribus opem contra alios praestare venerunt, nec caret scrupulo societatis occultae, qui manifesto facinori desinit obviare" etc.

3) Excommunication, Interdict, Suspension der Geistlichen, nach dem ältern Recht auch die öffentlichen Pönitenzen, nicht aber die Privatbußen, „welche der Geistliche in der Gewissenspflege (in foro interno) als Bedingung der Wirksamkeit der Absolution auflegt".

— Und ferner vergißt er, daß im canonischen Rechte auch eigentliche Strafen, sog. poenae vindicativae vorkommen, durch welche die Kirche „den Bruch des Rechts an dem Schuldigen vergilt" (wie die Gefängnißstrafe, die körperliche Züchtigung, die Geldbußen und die Entziehung des kirchlichen Begräbnisses, für Geistliche die Deposition, Degradation, und unter Umständen die Suspension), welche nach festen juristischen Principien aufzuerlegen durchaus nothwendig und wofür im römischen Rechte eine sichere Basis zu finden war[4]). Ferner schlägt sich Schirach offenbar mit seinen eigenen Worten: denn er sagt, daß im Falle des §. 2 der Gehülfe gelinder behandelt werde, ja, auch für den §. 1 muß er zugeben, daß wenigstens die Strafe gelinder sein **kann**, — beides stimmt aber nicht mit dem, was er eigentlich darthun will, daß nämlich den Gehülfen dieselbe Strafe treffen **müsse** wie den Urheber.

Dem Richtigen näher kommt Mittermaier[5]), wenn er bemerkt: „Das canonische Recht erkennt zwar in vielen Stellen, besonders in denjenigen, wo von kirchlicher Buße die Rede ist, die Gleichstellung des Urhebers[6]) und Thäters, was begreiflich wird, da bei der Rücksicht auf die Bösartigkeit der Gesinnung, wenn Buße auferlegt werden soll, kein Unterschied zu machen ist; allein auch das canonische Recht enthält

4) Richter, Kirchenrecht §. 212. Walter, Kirchenrecht §. 187 („blos heilende Strafen oder Censuren [poenae medicinales] treffen den Schuldigen nur so lange, bis er zu sich kommt und gehörige Genugthuung anbietet. Andern sind wirkliche ahnende Strafen [poenae vindicativae], die der Gerechtigkeit als eigentlicher Ersatz der begangenen Schuld dienen sollen").

5) Vergl. Archiv Bd. 3 S. 144. 145.

6) Unter „Urheber" ist nach der vom Autor a. a. O. S. 125. 126 vorgeschlagenen Terminologie nicht der Thäter, sondern der Anstifter (intellectuelle Urheber) zu verstehen.

in vielen Stellen blos den Grundsatz, daß der Urheber ebensogut wie der Thäter eine Strafe leiden soll, und spricht dagegen an einer Stelle" (nämlich c. 6 X. 5. 12) „die Ansicht aus, daß der Urheber gelinder als der Thäter bestraft werde".

Gleichwohl mag ich dieser Argumentation nicht ganz beitreten. Abgesehen davon, daß es den Anschein gewinnt, als sei c. 6 cit. die einzige von der gelinden Bestrafung redende Stelle (was sich im Spätern widerlegen wird), kann ich zunächst nicht zugeben, daß in §. 1 von Bestrafung der Anstiftung die Rede sei, ich halte mit den meisten Interpreten dafür, daß §. 1 von Gehülfen spricht, aus Gründen, die ich in §. 80. 97 vorlegen werde; sodann bestreite ich, daß es den canonischen Satzungen entspreche, in Fällen der kirchlichen Censur gleiche Strafen aufzulegen. Vielmehr muß man dem beistimmen, was (der sonst nicht überall mit mir harmonirende) Jarcke[7]) hervorhebt, indem er sagt: „Genau genommen sagt die Stelle nichts weiter, als was nach dem Geiste des canonischen Rechts sich von selbst versteht, daß nämlich die Buße sich nach dem Maße der Verschuldung, welche wieder durch den Willen bedingt ist, richten solle." Nur darf man dabei nicht annehmen, als sei auf das objective Verhältniß gar nicht zu sehen. Wie viel hierauf ankommt, sagen ja ganz klar die Eingangsworte des c. 6 cit., welche so sehr an L. 4 §. 1 i. f. 47. 9[8]) und L. 16 §. 1 D. 48.

---

7) Vergl. dessen Handbuch des Strafrechts. Berlin 1827. Bd. 1 S. 222 Not. 3. Vergl. auch Hälschner, Preuß. Strafr. Bd. I S. 303. „Die betreffenden Stellen des corpus jur. can. ergeben nicht nur eine genauere Unterscheidung der Beihülfe und Urheberschaft, der verschiedenen Formen der Miturheberschaft, sowie der Begünstigung, sondern auch den durchgreifenden Grundsatz, daß bei allen diesen Formen der Theilnahme eine Verschiedenheit der Schuld und Strafe zu berücksichtigen sei." —

8) „Et omnino ut in ceteris, ita in hujusmodi causis ex per-

19 [9]) erinnern, daß man sich des Gedankens nicht erwehren kann, der Papst habe diese Stellen, von denen die zweite ja auch in c. 19 C, 33 qu. 3 de poenit. dist. 1 wörtlich vorkommt, vor Augen gehabt, als er seine Entscheidung abgab. Das objective Verhältniß wird überall im canonischen Rechte gewürdigt, selbst in solchen Stellen ist dies erkennbar, welche jene oben [10]) besprochenen Aussprüche der Kirchenväter enthalten, wie z. B. in c. 23 C. 33 qu. 3, c. 5 C. 22 qu. 5, wo der Anstifter für strafbarer erklärt ist, als der Thäter, weil er quantitativ mehr gesündigt, ratione effectus sich strafbarer gemacht hat [11]). Dabei will ich zugeben, daß es nicht immer so, wie es die canonischen Sätze vorschreiben, in Censursachen auch wirklich gehalten sein mag, was bei leidenschaftlichen und zur Willkür geneigten Priestern kaum auffallen kann, zumal verschiedene Sätze [12]) des corpus jur. can. nur zu

---

sonarum conditione et rerum qualitate diligenter poenae sunt aestimandae, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa postulabit."

9) „Sed haec .... sunt consideranda septem modis: causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, eventu.

10) S. §. 23 S. 107 ff.

11) §. 5 cit. .... „immo duas animas et ejus, quem jurare provocavit et suam" (sc. occisurus est).

12) Z. B. c. 2 dist. 14 — c. 8 X. 5. 38, wo die Worte „non tam secundum quantitatem excessus" zu dem Mißverständnisse führen, bezw. als Entschuldigung dafür gebraucht werden können, daß Jemand bei Auflegung der Buße das objective Verhältniß ganz unberücksichtigt läßt. Dagegen will die Stelle sicherlich dieses nicht blos nicht sagen, sondern nicht einmal als Grundsatz aussprechen, daß es vorzugsweise auf andere Momente als das objective ankomme, vielmehr ist Zweck des päpstlichen Ausspruches, deutlich zu machen, daß die jedesmaligen Verhältnisse (omnibus circumstantiis) maßgebend seien. Es redet ein mit dem römischen Recht genau bekannter Papst, der sich ganz in der Weise, wie der Jurist Paulus am Ende des §. 1 in L. 4 D. 47. 9 ausdrückt („ex personarum conditione et rerum qualitate diligenter poenae sunt aestimandae, ne quid durius aut remissius constituatur

geeignet sind, solches Verfahren zu beschönigen, wenn auch nicht zu rechtfertigen.

Endlich mag noch auf Eins aufmerksam gemacht werden, was Jarcke in Bezug auf unser cap. 6 gewiß sehr richtig — und, setze ich hinzu, als etwas dem römischen Rechte völlig Entsprechendes — hervorhebt: sowohl die Eingangsworte, als die Fassung des §. 2 lassen zur Genüge erkennen, „daß man daraus unmöglich den Satz ziehen kann, daß die Gehülfen immer gelinder gestraft werden sollten, sondern daß die Bestimmung des cap. 6 nur auf den gerade vorliegenden Fall gerichtet ist". Wir werden freilich auch später, gerade so, wie wir dies im römischen Rechte bemerkten, Fälle kennen lernen, in welchen aus gewissen, dann näher darzulegenden Gründen gleiche Bestrafung des Thäters und der Gehülfen vorkommt.

§. 27.

Die zuletzt besprochene Stelle handelt, (worauf Manche, um ihre Tragweite abzuschwächen, verwiesen haben,) von Pönitenzen. Man kann daher fragen, ob das canonische Recht dergleichen Grundsätze, wie c. 6 cit. enthält, auch da, wo es sich um eigentliche Strafen, poenae vindicativae, handelte, anerkenne und beobachte. Hierauf möchte ich bejahend antworten, denn wenn schon in Ansehung zu verhängender Censuren keine gleiche Bestrafung durchaus einzutreten hatte, viel=

---

quam causa postulabit"). Wollte man unsere c. 8 anders interpretiren, so käme man in entschiedenen Widerspruch mit andern Bestimmungen des canonischen Rechts, wie z. B. mit c. 19 C. 33 qu. 3 de poenit. dist. 1, wo den objectiven Momenten keineswegs weniger Bedeutung beigelegt wird als den subjectiven, ebenso mit c. 6 X. 5. 12, von welchem später sich ergeben wird, daß hier der objective Gesichtspunkt, keiner von beiden aber vorzugsweise festgehalten ist.

mehr den Sätzen des römischen Rechts analoge Vorschriften bestanden, so darf angenommen werden, daß dieses noch mehr der Fall sein mußte, wo Strafe „der Gerechtigkeit als eigentlicher Ersatz der begangenen Schuld dienen sollte [1])". Auch die alten Italiener nahmen den Grundsatz gleicher Bestrafung nicht an [2]). Würde man sich nun bei dem bisher Gesagten nicht begnügen wollen, sondern speciellere Nachweise von mir verlangen, so wird man solche im zweiten Theile meines Werks finden können.

Drittes Capitel.

Deutsches Recht.

§. 28.

Im deutschen Rechte ist die Behandlung der Theilnahme am Verbrechen zu verschiedenen Zeiten eine mehr oder weniger verschiedene gewesen, auch finden sich Erscheinungen, die weder mit dem, was das römische, noch dem, was das canonische Recht enthält, harmoniren, Dinge, die dem fremden Rechte völlig unbekannt sind. Es gilt dieses vorzugsweise in Ansehung des ältesten Rechts, so daß, wer dieses nicht zum Gegenstande eines eingehenden Studiums gemacht hat, etwas Unbekanntes vernehmen wird; es kommen aber auch noch in Particularrechten der neuesten Zeit Sätze vor, die dem gemeinen Rechte nicht angehören. Das Gesagte fordert daher, daß wir einzelne Perioden in der geschichtlichen Entwickelung der

1) Vergl. Not. 4 zu §. 26.

2) Z. B. Gandinus, de malef. R. de homicid. Nr. 7 und mehrere der bei Farin., quaest. 130, Angeführten.

die Theilnahme betreffenden deutschrechtlichen Bestimmungen genau trennen.

Von der absoluten Strafbarkeit der Theilnahme.

§. 29.

Es dürfte keinem Zweifel unterliegen, daß man seit den ältesten Zeiten jede Theilnahme am Verbrechen als strafbar angesehen und behandelt hat. Denn nicht nur finden wir bei den einzelnen als Verbrechen verpönten Handlungen (Mord, Brand, Raub, Diebstahl, Entführung, Meineid u. s. w.) vielfache auf die Theilnehmer (Anstifter, Gehülfen, Complottanten und gefällige Miturheber) bezügliche Bestimmungen [1], sondern es streiten auch allgemeine Gründe dafür, daß man der Regel nach jede Theilnahme der Strafe unterwarf, wie schon aus der alten Parömie: „mitgegangen (oder mitgefangen), mitgehangen", ziemlich deutlich hervorblickt.

Wer sich an der Handlung eines Friedbrechers betheiligte, hatte nach der gesunden Anschauung unserer Vorväter selbst den Frieden gebrochen. Diesen Satz wird mir hoffentlich Niemand bestreiten wollen; ich gebe indeß zu, daß er keinen erschöpfenden Beweis liefert, insofern nämlich nicht alle, ja nicht einmal alle schweren [2]) Verbrechen auf den Begriff von Friedbrüchen zurückgeführt werden können.

Wir finden auch ganz allgemein redende Stellen in den altdeutschen Gesetzen, welche mit Bestimmtheit von der Strafbarkeit der Anstiftung, der Beihülfe und Miturheberschaft reden. So heißt es von der Anstiftung unterthäniger Personen durch ihre Vorgesetzten in der L. Saxon. XI §. 1:

---

1) Die Belegstellen werden später im Einzelnen das Gesagte ergeben.

2) Walter, Deutsche Rechtsgeschichte §. 685.

„Quidquid servus aut litus, jubente domino perpetraverit, dominus emendet,"

ja sogar, wenn ein Unfreier in Gegenwart seines Herrn ein Verbrechen beging oder ein Unfreier in Begleitung eines Freien, mußte dieser haften. Man ging in dieser Beziehung entschieden weiter, als unsere heutigen Grundsätze von der s. g. negativen Beihülfe gehen, es finden sich Stellen in den Quellen, in welchen Jedermann theils allgemein, theils in Bezug auf bestimmte Missethaten zur Pflicht gemacht wird, Verbrechen Anderer zu verhindern, widrigenfalls ihn sogar die Strafe des begangenen Verbrechens treffen könne [3]).

§. 30.

Von großer Bedeutung sind ferner die Bestimmungen über die Fälle, in denen Jemand ein Verbrechen mit einem s. g. Gefolge beging, wie es in alter Zeit häufig vorkam. Die Gefolgschaft, von Einigen [1]) als Complott, von Andern [2]) wohl richtiger als Beihülfe aufgefaßt, ist der Fall, wo Mehrere [3]) dem Urheber an den Ort, wo das Verbrechen verübt

---

3) Vergl. Keyserrecht (herausg. von Endemann. Cassel 1846. und Anmerkung dazu S. 98): c. 59. „Waz in dem riche lebet vn vernunft hat, ez sy mit wie grozzer wirdikeit ez sy, dem hat der Keyser geboten bi dez riches hulden, daz er helfe vnrecht gewalt wern mit lib un mit gut in den tode. Auch hat der Keiser si beraubet dez riches fride, die gewalt an ieman legen, und hat ir lib vnd gut erleubet allen luten, also daz nieman an in gefreveln mag. an wem man auch die helfe gefordert wider unrechten gewalt, dut er die hant darzu nicht, ob er gehelfen mag, so hat er sich glich yem gegeben, der die vnrechten gewalt tut, in des Keisers ungenade. Sint der Keiser gesprochen hat: unrecht gewalt sal alle die werlt vertriben."

1) Köstlin, Rev. Bd. 1 S. 476.

2) Wilda, Strafr. der Germanen S. 613.

3) „Multitudo collecta, vagabberdes Volk, bei den Friesen un-

werden sollte, folgten, und setzt nach den Volksrechten voraus:

1) daß die Begleiter freie Männer waren[4]),

2) daß sie sich wirklich, und zwar mit Waffen versehen, an Ort und Stelle eingefunden hatten,

3) daß sie wußten, es sei ein verbrecherisches Werk beabsichtigt,

4) daß sie eine bestimmte Zahl ausmachten, z. B. mit dem Urheber wenigstens 5 oder 7 im Ganzen[5]), denn sonst büßte jeder nicht schon für die Gefolgschaft (vgl. das unten Gesagte), sondern an dem Vortheile, den er an der zugefügten Verletzung genommen hatte.

Die L. Salica em.[6]) redet von 10 Personen, womit aber nicht gesagt sein soll, daß wenigstens 10 vorhanden sein mußten, sondern daß höchstens 10 aus einer vielleicht bei einander gewesenen noch größeren Anzahl angeklagt werden und Buße

---

rechtes oder hauptloses Heer" (weil kein Volksbeamter an der Spitze stand) genannt. Ein häufiger Ausdruck für Gefolge ist „contubernium".

4) Sclaven erschienen als Werkzeuge, nicht als Theilnehmer, in der L. Ripuar. werden sie im Gegensatze des aus Freien bestehenden contubernii als „satellites" bezeichnet. Wilda 614.

5) Fünf werden vorausgesetzt, z. B. im Edict. Rotharis c. 19: „Si quis ..... manu armata cum exercitu usque ad quatuor homines in vicum intraverit, ille prior pro illicita praesumptione moriatur, aut componat solidos DCCCC, medium regi et medium ei, qui injuriam passus est. Et illi, qui cum ipso fuerint, si liberi sunt, unusquisque componat solidos LXXX, medium regi et medium ei, qui injuriam passus est: excepto, si in ipso vico casam incenderit, aut hominem occiderit, secundum quod appretiatus fuerit, ita componat illi, cujus casa fuerit incensa, aut parens, aut servus occisus." Wilda a. a. O. S. 617. Belief sich die Zahl der Begleiter bis auf 36, so wurde nach angelsächs. Rechte die Buße erhöht; man unterschied danach das kleinere Gefolge, „hlodh" und das größere „herë" genannt. Aehnliches findet sich in der L. Bajuvariorum III. 8. 1 und 2.

6) L. Sal. em. 44. — 45 §. 3. Vergl. auch L. Friss. tit. 14.

erlegen sollen, wovon der Grund darin liegen dürfte, daß man den Rechtsstreitigkeiten ein Ziel setzen wollte. Dagegen wurden aber auch — sagt Wilda S. 621 — zuweilen diejenigen, die nur der Verdacht traf, daß sie daran Theil genommen oder doch darum gewußt und den Thäter hätten bezeichnen können, insgesammt verantwortlich gemacht, so daß sie unter sich das Wergeld aufbringen mußten. Desgleichen wurde dann aber auch festgesetzt, daß namentlich, wo ein Verbrechen mit gesammeltem Gefolge verübt worden, nur eine bestimmte Zahl sollte wegen der Theilnahme zur Buße und Strafe herangezogen werden können.

„Was bei uns wohl bei außerordentlichen Zeitläuften und Ereignissen eintritt, daß eine strenge Ausübung der Gerechtigkeit unmöglich und unredlich wird, und es nothwendig wird, die Leidenschaften zu beschwichtigen, der Rechtsverfolgung Ziel zu beschränken, das fand in jenen Zeiten dauernd Statt, wo die öffentliche Ordnung noch weniger befestigt war. Es kam hierzu, daß die Unvollkommenheit des gerichtlichen Verfahrens ein genaues Ermitteln der Schuld, des Antheils eines Jeden nicht gestattete und man sich daher genöthigt sah, nach gewissen Auskunftsmitteln sich umzusehen, damit der Verletzte wenigstens nicht ohne alle Genugthuung bleibe und es im Allgemeinen Allen lebendig bleibe, daß die Missethat bestraft, das Recht aufrecht erhalten werde, wenngleich in jedem einzelnen Falle nicht vollkommen den Erfordernissen der Gerechtigkeit genügt werden konnte."

Was nun die spätere Zeit anlangt, so ersehen wir aus den Rechtsbüchern, daß man allerdings noch von Gefolgschaften sprach, indeß die früheren diese betreffenden Grundsätze waren doch mehr oder weniger modificirt.

Verm. Sachsenspiegel IV. 8. 1: „Daz ist unde heyset eyn fulge: wan eyner szwene, dry, fir adder

mer lute, mit eyme sculoufen, wenn her eynen beschedigen wel sines libes unde nicht schaden gesched." u. s. w.

Ferner daselbst 5:

„Tut eyn volger schaden, wen sin frund schaden hat getan, er ist nicht ein volger, er ist ein sachwalde [7])."

Es wird hier also nicht mehr eine bestimmte Anzahl von Begleitern vorausgesetzt, und es ist auch aus den Quellen nichts zu entnehmen, woraus hervorginge, daß die Gefolgsleute bewaffnet sein müssen; dasselbe gilt in Ansehung der persönlichen Eigenschaft derselben, sofern kein Unterschied zwischen Freien und Unfreien gemacht wird [8]).

Uebrigens erscheint die Folge auch noch in den Rechtsbüchern als eine Art Theilnahme, welche der Thäterschaft gegenüber steht. Es ergiebt sich dieses aus

Verm. Sachsensp. IV. 5. 9: „Man mag umbe eyne wunden nicht mer beschuldigen wen eynen man, ob wol czwene in eyne wunde gestochen oder geslagen hätten, sundern mer luten mag man schult geben umbe fulge."

---

7) Der Urheber wird meistens nach dem begangenen Verbrechen benannt, z. B. „morder", „hussucher", auch kommt der Ausdruck „handtheter" vor (vergl. Grimm, Weisthümer II. 213, I. 453; Osenbrüggen in der Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. 18 S. 84; Arnstadter Statuten von 1543 Art. 1; Neumann, Magdeburger Weisthümer S. 100. 109), desgleichen findet sich im Proceß „Selbstschuldiger" im Gegensatze zu den Folgern, ferner auch „Sachwald". Bezüglich des letzteren s. noch Osenbrüggen a. a. O. („Sowohl die Bezeichnung Selbstschuldiger, als Sachwald und Secher (Grimm I. 237), womit Urheber der Rechtsverletzung im Proceß belegt werden, sind weitere Begriffe. Nicht allein Sachwald und Secher sind, wie das lateinische reus, Namen der Parteien des Processes, dienen also auch zur Bezeichnung des Klägers" u. s. w.).

8) John, Strafrecht z. Zeit der Rechtsb. S. 217.

Hier werden genau unterschieden derjenige, der die Verwundung hervorbrachte, und derjenige, der als Folger die die Verwundung unterstützte.

Sonach werden im Begriffe Thäter und Folger als Theilnehmer von einander gehalten, wenn schon mit gleicher Strafe belegt in

> Verm. Sachsensp. IV. 9. 1: „Wer eyne strasse roubet, es sy wenig adder fel, werd der in hanthafter tad vorwunden, man sal ome sin houbt abeslan; sin fulgern dazselbe; werden sy in hanthafter tad vorwunden unde begriffen, unde alle dy das meteheln in rad adder in tad, ab sy des vorwunden werden.“

Die oben citirte Stelle des verm. Sachsensp. IV. 8. 5 läßt ferner den Schluß machen, daß der Folger, wenn er Schaden anrichtet, kein Folger mehr ist [9]), d. h. er ist es juristisch nicht mehr, wenn auch in der thatsächlichen Bedeutung des Worts.

Ob bei allen oder nur bei gewissen Verbrechen eine Folge angenommen ward, ist streitig. Ersteres scheint hervorzugehen aus der Ueberschrift von c. 8 lib. 4 des verm. Sachsensp. [10]): „Nu sullen wir lernen von fulge aller ungerichte [11]).“

§. 31.

Die Rechtsbücher zeigen besonderes Bestreben, gerechte Strafen festzusetzen, wenn Mehrere abgeurtheilt werden sollen,

---

9) Gegen Osenbrüggen a. a. O. S. 85 f. John a. a O. S. 219.

10) Osenbrüggen a. a. O. will die Folge auf gewaltsame Handlungen beschränken, dagegen erklärt sich aber wieder John.

11) Daß dieses von Wichtigkeit ist für den Proceß (z. B. Einrichtung der Klage, der Vertheidigung), ergiebt ein von John a. a. O. S. 218 mitgetheiltes Urtheil der Leipziger Schöffen.

damit der Einzelne, der schuldig ist, nicht straflos bleibe, aber auch nicht schwerer gestraft werde, als er verdient hat. Vorzugsweise hatte man sein Augenmerk gerichtet auf den Fall der Tödtung und der Verwundung, blieb sich dabei aber nicht consequent und schuf überhaupt mitunter völlig verfehlte Bestimmungen.

Nach den Goslar'schen Statuten [1]) und dem Sachsenspiegel soll im Falle einer Verwundung, an welchem sich mehrere Personen betheiligten, nur eine derselben als Urheber angesehen werden können [2]). Dabei wird nicht verkannt, daß auch die andern sich strafbar machen können, aber nur als Gehülfen, Folger, Rathgeber. Sind bei dem Angriffe mehrere Wunden zugefügt, so sollen auch hier nur so viele Personen als Urheber angeklagt werden können, als „kampfwürdige" Wunden vorhanden sind [3]). Aehnlich drückt sich das Lübische Recht aus in Ansehung leichter Verletzungen, es können nur so viele Angeklagte als Urheber behandelt werden, als sich blaue Flecken und blutige Wunden finden, sollten auch mehr Personen bei dem Handel gewesen sein [4]).

Das Bedenkliche dieser Sätze mußte freilich deutlich in Fällen der Tödtung hervortreten, consequent hätte man nun sagen müssen, daß nicht mehr Personen als Urheber verantwortlich gemacht werden können, als Tödtungen vorliegen, also wenn nur ein Mensch getödtet worden, von Mehreren, die bei der Sache concurrirten, immer nur Einer der Urheberschaft wegen bestraft werden. Dieses anzunehmen getraute man sich aber nicht, und indem man auf der anderen Seite

1) Goslar. Stat. (herausg. von Göschen. Berlin 1840.) S. 32 Z. 13.

2) Sachsensp. III. 46 §. 2. Dasselbe gilt, wenn ihrer zwei in dieselbe Wunde stachen oder schlugen.

3) Goslar. Stat. S. 32 Z. 10.

4) Lüb. Recht III. Art. 210.

auch Anstand nahm, Jeden, der dem Getödteten eine Verletzung beigebracht hatte, als Urheber zu behandeln, nahm man seine Zuflucht zu einer Casuistik [5]).

Ich glaube durch das Mitgetheilte, von welchem ich einiges, vielleicht streng genommen nicht hierher Gehöriges des Zusammenhangs wegen nicht weglassen konnte, dargethan zu haben, daß man im ältesten deutschen Rechte sich der Strafbarkeit aller Theilnahme sehr wohl bewußt und diesen Gedanken in der Praxis zu verwirklichen emsig bemüht war.

§. 32.

Den Grundsatz der absoluten Strafbarkeit der Theilnahme finden wir auch in der peinl. G.-O. wieder. Ganz allgemein heißt es in Art. 177 unter der Ueberschrift: „Von straff der fürderung, hilff vnd beistandt der mißthätter“:

> „Item so jemandt eynem mißthätter zu übung eyner mißthatt, wissentlicher vnd geuerlicher weiß einicherley hilff, beistandt oder fürderung, wie das alles namen hat, thut, ist peinlich zu straffen, als aber vorsteht, inn eynem fall anderst dann inn dem andern, darumb sollen inn disen fellen, die vrtheyler mit berichtung der verhandlung, auch wie solchs an leib oder leben soll gestrafft werden, als obsteht radts pflegen!

In verschiedenen Artikeln wird noch der Theilnahme an bestimmten, daselbst benannten Verbrechen gedacht, z. B. Art. 107 (Anstiftung zum Meineide), Art. 111 (Beihülfe zu Münzverbrechen), Art. 148 (verabredete, resp. zufällige Miturheberschaft bei Tödtungen).

---

5) Z. B. Magdeburger Fragen III. 1. 11 und dazu John a. a. O. S. 206 und über ein Leipziger Schöffenurtheil (Zobel Bl. 558) S. 207, vergl. S. 198 über Hamburger Recht.

Die späteren Particulargesetze halten an demselben Princip fest, sprechen es auch mitunter sehr bestimmt aus, wie z. B. das Preuß. Landrecht Th. 2 Tit. 20 §. 64—75 ganz allgemein außer der Strafbarkeit des Urhebers auch der verschiedenen Arten der Theilnehmer als Complottanten, zufälliger Miturheber, Anstifter und Gehülfen gedenkt.

§. 33.

Die Theresiana handelt in §. 6—14 des 3. Artikels von der Theilnahme, woraus hervorzuheben ist:

§. 6. „Eine Missethat wird begangen sowohl durch unmittelbare Thathandlung, als durch Zuthat und Mitwirkung. Ersteres geschieht, wenn Jemand entweder allein oder in Beihülfe anderer Mitgespannen die Missethat selbst ausübt. Letzteres ergiebt sich, wenn Jemand bei Ausübung der Missethat zwar nicht selbst Hand anlegt, jedoch auf ein= oder anderer Art, als durch Geheiß, Befehl, Anrathung, Belobung, Gutheißung, Unterrichtung, Vorschub und Hülfleistung, Einwillig= und Zulassung wissentlich= und gefährlicher Weise die Missethat veranlasset, oder befördert, und solchergestalt dabei mitwirket."

§. 7. „Was hier und anderwärts von eigenthätigen Handlungen geordnet wird, ist auf gleiche Weise durchgehends auch von Unterlassungen zu verstehn: daß nämlich Jedermänniglich nicht nur durch Unterlassung dessen, was er selbst zu thun schuldig ist, sondern auch dadurch sich eines Verbrechens verfänglich mache, wenn durch seine Zuthat oder Bewirkung andere zu Unterlassung dessen, was ihnen zu thun obgelegen wäre, verleitet." Und in gleicher Weise, obgleich zum Theil kürzer und allgemeiner, drücken sich die neuesten Strafgesetze [1]) aus.

1) Z. B. Baiern Art. 52—54. Oestreich §. 5. Hannover Art. 52. Preußen Art. 34. Oldenburg Art. 30. Würtemberg Art. 13 d. Ges. vom

Die absolute Strafbarkeit der Theilnahme wird auch von der Theorie [2]) allgemein angenommen.

Von der relativen Strafbarkeit der Theilnahme.

§. 34.

Man hat oft behauptet, das älteste germanische Strafrecht mache keinen genauen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Theilnahme [1]), indem es nur Gewicht auf die materielle That, nicht aber auf den Willen lege, daher alle Theilnehmer mit gleicher Strafe ansehe. Diese Ansicht ist unrichtig. Denn ihr widerspricht der objective Standpunkt (wenn ihn das älteste Recht wirklich angenommen hat [2])), eine solche Gleichstellung von Urhebern und Gehülfen ließe sich bei einem zunächst auf das Thatmoment sehenden Rechte nur so lange erwarten, als es sein Strafrecht noch ganz auf das Princip des Schadensersatzes gründet [3]), über welchen rohen Standpunkt die ältesten unserer Quellen im Ganzen hinaus sind [4]).

---

13. August 1849. Sachsen Art. 50—56. Braunschweig §. 41—47. Thüringen Art. 31—36. Baden §. 113. 125. 126. 134. 136. Hessen-Darmstadt Art 71. 74. 83.

2) Weitere Nachweisungen folgen unten.

1) Haeberlin, Spec. Sax. et Suev. jus crim. p. 2. Heffter, Lehrb. §. 82 Not. 1.

2) Luden, Abh. Bd. 2 S. 392 Not. 1.

3) Köstlin, Rev. Bd. 1 S. 475.

4) Jarcke, Strafrecht Bd. 1 S. 222 führt zum Beweise der gleichen Behandlung eine Stelle des Sachsenspiegels (II. 13) und eine des Schwabenspiegels (Art. 116) an, und beweiset eben dadurch, wie leicht man auf Abwege geräth, wenn man nicht verschiedene Perioden unterscheidet. Das in den Rechtsbüchern vorkommende Recht war ein anderes als das in den Volksrechten sich findende.

§. 35.

Wilda [1]) führt zwei Bestimmungen an, welche das Gesagte bestätigen [2]), und man braucht nur einigermaßen aufmerksam die über Theilnahme redenden Sätze der Volksrechte zu lesen, um einzusehen, daß in ihnen nicht nur Urheber, Anstifter und Gehülfen ausdrücklich unterschieden, sondern deren Strafen auch in einer Weise festgesetzt sind, die ganz anders hätten ausfallen müssen, wenn man nur auf das Objective gesehen hätte. Man muß zugeben, daß das Verbrechen vorzugsweise nach seiner sinnlich wahrnehmbaren Erscheinung aufgefaßt, daher auch unterschieden wurde zwischen dem, der Haupt- und der Nebenursache [3]) ist, d. h., der bloß das Verbrechen eines Andern erleichtert und deshalb geringere Strafe erhalten soll, weil in seiner Person nur ein entfernterer Grund der Missethat zu liegen scheint [4]). Bei alle dem darf man aber nicht glauben, die subjective Seite des Unterschiedes der einzelnen Theilnehmer sei ganz unbemerkt geblieben, denn als Urheber stellte man, wie Wilda [5]) zeigt, sich nicht bloß den vor, welcher äußerlich die Hauptthätigkeit zur Hervorrufung des Verbrechens entwickelte, sondern auch den, von welchem die Entschließung zur That ausging, in dessen In-

1) Durch dieses Juristen vortreffliches Werk „Das Strafrecht der Germanen. Halle 1842.", ist uns in vieler Beziehung erst Licht geworden in den verschiedenen Parthien des vaterländischen Strafrechts. Ueber den hier in Rede stehenden Punkt vergl. S. 609 ff.

2) Die eine gehört dem westgothländischen, die andere dem südermannschen Rechte an, beide sind abgedruckt bei Wilda a. a. O. S. 609. 610.

3) Also ganz in der Weise, wie die Juristen zum Theil noch in unserem Jahrhunderte aus dem objectiven Gesichtspunkte allein argumentirten

4) Köstlin a. a. O. S. 475.

5) a. a. O. S. 612.

teresse sie ausgeführt wurde, was besonders in dem bereits beschriebenen Gefolge hervortritt.

Urheber und Anstifter wurden nicht immer gleich bestraft, ersterer meistens nach der überwiegenden mehr sinnlichen Auffassung härter, letzterer mitunter wegen besonderer Gründe [6]) fast ebenso oder gerade so hart wie der Thäter, so z. B. heißt es im Gesetze Luitprand's c. 71: wer einem Andern „consilium dederit de perjurare, aut casam alienam incendere, ubi homo cum suis rebus inhabitat, aut mulierem alienam, aut puellam tollere," müsse „pro consilio illicito," wenn der Thäter eine Buße von 900 solidis zu erlegen habe, 100 zahlen, 50, wenn jener 300, und 40, wenn jener weniger als 300 verwirkt habe, unter 40 solle die Buße des consilium dans überhaupt nicht hinabgehen [7]). In LXIII desselben Gesetzes wird der, welcher den Andern zur Fälschung anstiftete, ihm gleichgesetzt. Ein anderes Beispiel enthält [8]) L. Sal. LVII. 6 (über den Leichenraub).

Unter Beihülfe finden sich — abgesehen von der Gefolgschaft — in den Volksrechten nur wenige Bestimmungen.

---

6) Z. B. weil der Anstifter besondere Hinterlist bewiesen oder weil die Natur des Verbrechens eine stärkere Strafe nothwendig und gerechtfertigt erscheinen ließ.

7) Ferner L. Frision. II. 1 und 2: „Si nobilis nobilem per ingenium alio homini ad occidendum exposuerit, et is qui eum occidit, patria relicta profugerit, qui eum exposuit, tertiam partem leudis componat. Si vero homicida non fugerit, nihil solvat, sed inimicitias propinquorum hominis occisi patiatur, donec quomodo potuerit, eorum amicitiam adipiscatur."

L. Salica XLIII. §. 12: „Si quis hominem ingenuum cuilibet socio suo de quolibet crimine accusaverit, et per ejus commotionem sive mendacium ille, qui accusatus est, occisus fuerit, si ei adprobatum fuerit, medietatem leudis ejus componat. Ille vero, qui eum occidit, secundum legem pleniter eum componat."

8) Unten in §. 58 IV. abgedruckt.

Grundsatz war mildere Behandlung des Gehülfen als des Urhebers [9]). Eine mehrmals erwähnte Beihülfe ist die in Leihen oder Zutragen von Waffen bestehende. Nach dem Rechte der Angelsachsen durfte der Leihende schwören, daß er keine böse Absicht gehabt habe, schwur er nicht, so mußte er $1/3$ des Wergeldes und Gewebdes zahlen, was der Todtschläger zu erlegen hatte. In Carol. Magn. Capit. a. 805 II 10 [10]) heißt es: „auctores facti interficientur; adjutores vero eorum alter ab altero flagellentur, et nares sibi invicem praecidant.“

Was die Strafen, welche die Volksrechte auf die Gefolgschaft setzen, anlangt, so findet sich darüber sehr Verschiedenes. In L. Sal. 44 und 45 heißt es:

„Si quis collecto contubernio hominem ingenuum in domo sua adsallierit, et ibidem eum occiderit, solidos DC culpabilis' judicetur.“ §. 3 heißt es weiter: „Quodsi corpus occisi tres plagas vel amplius habuerit, tres qui inculpantur et, quod in eo contubernio fuissent, convincuntur, legem superius comprehensam singulatim cogantur exolvere. Alii vero tres de eodem contubernio XC unusquisque illorum culbapilis judicetur. Et tres adhuc in tertio loco de eodem contubernio XLV singuli eorum cogantur exsolvere.“ (46 §. 3.) „Si quis foris casa, sive iter agens, sive in agro positus, a contubernio fuerit, occisus, et tres vel amplius habuerit plagas, tres de eodem contubernio, qui convicti fuerint, singillatim illius mortis compositionem componant, et tres alii de ipso contubernio solidos XXX unusquisque illorum culpabilis judicetur. Et tres adhuc alii de ipso contubernio XV solidos singuli eorum culpabiles judicentur.“

9) Wilda a. a. O. S. 625. Geib a. a. O. Bd. 2 S. 330.
10) Pertz, Mon. III. p. 133.

L. Frisionum XVII 4: Qui manu collecta hostiliter villam vel domum alterius circumdederit, ille, qui ceteros collegit et adduxit, weregildum ad partem regis componat, et qui eum secuti sunt, unusquisque solidos XII ei, cui damnum, si etiam damnum illatum est, in duplo emendetur." L. Sal. XIV §. 1: „Si tres homines ingenuam puellam de casa aut de screona rapuerint, unusquisque eorum solidos XXX culpabilis judicetur. §. 2: Illi vero alii, qui super tres fuerint, unusquisque eorum solidos V. §. 4. Raptor vero LXII solidos culpabilis judicetur [11]). L. Ripuariorum XXXIV: „Si quis ingenuus homo ingenuam feminam rapuerit, bis centenis solidis noxius judicetur. Quodsi tres ingenui cum ipso fuerint, unusquisque eorum sexaginta solidis noxius judicetur. Et quanti super illos quatuor fuerint, unusquisque quindecim noxius judicetur" etc. L. Ripuar. LXIV: „Si quis hominem in domo propria cum hariraida interfecerit, auctor facti triplici wergildo multetur, et tres priores nonaginta solidis culpabiles judicentur. Et quanti ei sanguinem fuderint, unusquisque wergildo eum componat. Et quanticunque post auctorem sanguinis effusores vel post tres priores fuerint, unusquisque quindecim solidis multetur, et quicquid ibi talaverint, restituant."

---

11) In der Heroldina XIV. §. 13 kommt eine ganz andere, anscheinend an die Stelle der früheren getretene Bestimmung vor: „Si quis ingenuam foeminam aut puellam, contubernio facto, seu in itinere aut in quolibet loco adsalierit, tam unus quam plurimi, in ipsa violentia fuerint admixti, CC solidos unusquisque ipsorum culpabilis judicetur. Et si adhuc de illo contubernio remanserint, qui scelus illud non admisisse noscuntur et tamen ibidem fuerint, si plures aut minori numero quam tres fuerint, eorum quilibet pro ipsis XLV solidos culpabilis judicentur."

Die völlige Gleichstellung aller Gefolgsleute dürfte sich wohl nicht nachweisen lassen [12]). Zwar ersehen wir eine solche aus der mitgetheilten Stelle der Heroldiana (s. Note 1) in Betreff der an der Missethat sich reell Betheiligenden, aber die Strafe derer, „qui scelus illud non admisisse noscuntur et tamen ibidem fuerint", ist ja eine ganz davon verschiedene. Nach L. Sal. XVI §. 1 scheint gleiche Strafe für alle Gefolgsleute angeordnet zu sein, die beiden folgenden Paragraphen sprechen dann wieder dagegen und sind überhaupt mit dem ersten nicht zu vereinen, (daher man auf die Vermuthung kommt, daß eine ältere und neuere Bestimmung zusammengestellt ist).

§. 36.

Die Rechtsbücher enthalten mehrere Stellen, in denen Beihülfe [1]) mit der Strafe der Urheberschaft belegt ist.

Goslar. Stat. S. 38 Z. 14: Alle mördere unde Kerken vnde Kerkhof rovet oder bernet oder mortbernere, oder de se vörderet to der dat, de scal men radebraken. De enne dödet, oder wundet, oder vet, oder rovet, oder bernet sunder mortbrant, oder wif oder maghet nottoghet, oder we den vrede brikt, deme scal man dat hövet afslan. Dene vorradere unde dene velschere scal men in kopen bernen. Welk kersten minsche

---

12) Wilda a. a. O. S. 624 behauptet in Betreff einiger westgothländischer Bestimmungen das Gegentheil; der Text derselben ist mir nicht zugänglich, daher ich mich nicht weiter darüber auslasse.

1) Beihülfe wird durch die Ausdrücke „Rath und Hülfe", „Jemanden mit Hülfe stärken", „beistehen" und durch das Wort „Volleist" ausgedrückt, welches auf physische sowohl als intellectuelle Beihülfe geht (John a. a. O. S. 226 Not. 23 a. E.). Die Untersuchungen über dieses Wort sind noch nicht abgeschlossen. Osenbrüggen a. a. O. S. 86.

unghelovig were, oder mit tovere, oder mit vorghiftnisse umme ghinghe, des he overwunnen wörde, den scolde men up ener hort bernen etc. We ok disser enen to dissen dinghen vörderet mit rade oder mit hülpe, kumt men des boven ine, dat selve recht scolde over ine gan, dat over dene gan scolde, de den bröke dede etc.

Sachsenspiegel II. 13. 6: „Die düve hudet oder rof, man sal over sie richten als over jene."

Schwabenspiegel 174. 234. 227: „Swer rat oder helfe einem menschen tut, daz ez stele, der ist der diepheit schuldig. Swer stelen wil vnd gat hin zu einem man, vnd bittet im ein leiteren lihen, er welle in einem hus stelen, oder der einem diebe ein tivr vf tvot, oder ein venster, oder ein smit mit wissende diep slivzzel machet oder andriv isen, die zvo diepheit hoerent, oder der ander helfe dieben tvot, die dirre gelich sint: daz wissent, daz er alse schuldig ist an der diepheit, alse der da stilt, vnde wen sol in henken zvo dem diebe."

Kulmer Stadtrecht III. 35: „Wirt eyn man beclayt vnd beschuldiget vor gehegetem dynge vmme volleyst eynes totslages, lemde adir Kampirwunden mit eyner slechten clage ane gezug, des mag her vnschuldig werden myt synes eynes hant uf dem hylgen — —. Beklayt man yn abir mit gezuge, so mus her des selb drytte myt gezuge vnschuldig werden. Aber bekennet her der volleyst zu dren tagen, so sall deme cleger vmme dy volleyst des totslages verbussen myt eyme ganzen wergelde, adir um dy volleyst der lemden adir Kampirwunden myt eyme halben wergelde."

Trotzdem meint Luden[2]), daß gleiche Strafbarkeit als

2) Vergl. dessen Abh. Bd. 2 S. 392 Not. 1.

Regel sich nicht behaupten lasse, vielmehr sei diese nur in Ansehung von Diebstahl und Raub ausnahmsweise angeordnet. Und wenn man sich dessen erinnert, was in Ansehung der Behandlung des Gefolges und des emsigen Strebens der Rechtsbücher, jedem Theilnehmer nicht mehr, als er verdient, leiden zu lassen, in §. 31 bereits gesagt ist, so kann man jedenfalls der Ansicht, daß gleiche Strafbarkeit die Regel gebildet habe, nicht beitreten [3]).

§. 37.

Die peinl. G.=O. unterscheidet zwischen Anstiftern, Gehülfen und Miturhebern sowohl im Allgemeinen als im Bezug auf bestimmte Verbrechen [1]), das Meiste dem Rathe der Rechtsverständigen und der Beurtheilung nach den gemeinrechtlichen Quellen überlassend. Danach gilt der Anstifter dem Urheber an Strafbarkeit regelmäßig gleich (vergl. Art. 107), die Strafe der Miturheber und der Gehülfen kann eine verschiedene sein, in ersterer Beziehung hat Mißverständniß des römischen Rechts den Gesetzgeber nicht ganz vor Verwirrung bewahrt (s. Art. 148 und vergl. unten §. 103), in letzterer Hinsicht schließt sich Alles sehr genau an die fremden recipirten Rechte an, wie Art. 177 klar ergiebt [2]), vergl. §. 84.

---

3) A. M. ist freilich Geib a. a. O. Bd. 2 S. 332. Indeß er scheint mir Alles, was ich oben über die absolute Strafbarkeit nach den Grundsätzen der Rechtsbücher vortrug, übersehen zu haben. Auffallen muß es auch, daß im 2. Buche Art. 13 des Sachsensp. nur der Diebe= und Räuber=Gehülfen als mit den Urhebern gleich strafbar Erwähnung geschehen ist, während in dieser Stelle, welche fast alle Verbrechen in Bezug auf Urheber behandelt, die beste Gelegenheit war, gleiche Strafe der Beihülfe ganz allgemein auszusprechen, wenn diese als Regel gemeint gewesen wäre.

1) Z. B. Art. 107 (Meineid), 111 (Münzverbrechen), 148 (Tödtung). Alle diese Artikel werde ich im speciellen Theile näher besprechen.

2) Daß blos das canonische Recht als Grundlage des Art. 177

§. 38.

Die Doctrin, welche von großem Einfluß auf die spätere Particulargesetzgebung geworden ist, hat sich erst später nach und nach mit der Lehre der Theilnahme eingehend beschäftigt. Carpzov, einer der angesehensten Criminalisten, die es jemals gegeben hat, gedenkt ihrer nur gelegentlich und widerspricht sich mehrmals in seinen über die Behandlung der Theilnehmer aufgestellten Sätzen[1]). Auxiliatores (Gehülfen) hält er im Einverständniß mit andern Juristen seiner Zeit im Allgemeinen für weniger strafbar als die facientes, vorausgesetzt, daß ihre Thätigkeit keine derartige war, daß ohne sie das Verbrechen nicht hätte begangen werden können. Von Anstiftung redet er nur als mandatum und Befehl. Weiter waren schon Andere, die in vielen Punkten dem Naturrechtslehrer Pufendorf folgten, in anderen sich den Lehren der Italiener anschlossen, dabei freilich auf das Richtige häufig nicht kamen. So z. B. Kreß, der mit den Italienern auxilium, consilium und mandatum unterscheidet, aber darauf kein Gewicht legt, ob Jemand selbstständig zum Verbrechen entschlossen war oder nicht. Genannter Pufendorf[2]) macht nämlich das Causalverhältniß zur Grundlage seiner Argumentationen und unterscheidet danach: 1) ob der Thäter (patrator) causa prinicipalis, der Theilnehmer aber causa minus prin-

---

von den Juristen (z. B. Köstlin, Rev. Bd. 2 S. 477) angegeben wird, ist gewiß unrichtig, das canonische Recht wiederholt ja meistens nur, was das Römische sagt.

1) S. dessen Pract. synopsis. Lipsiae 1703. qu. 4, wo er von Tödtung, qu. 22 n. 29, wo er vom Raube, qu. 38, wo er von Brandstiftung, qu. 42 n. 60, wo er von Münzverbrechen, qu. 87 n. 21, wo er von Diebstahl redet.

2) S. dessen Werk de jure naturae et gentium. Francof. 1684. I. 5 §. 14.

cipalis der Handlung, oder 2) umgekehrt jener die causa minus principalis, dieser die principalis sei, oder aber 3) ob die Thätigkeit beider in gleichem Causalitätsverhältniß zum Erfolge stehen. Der Mandant soll im Allgemeinen gerade so bestraft werden, wie der, dem er zu dem Verbrechen Auftrag gab[3]). Beim consilium ist allein entscheidend, ob und wie weit der consilium dans als concausa erscheine. „Qui consilium non vagum et incertum, sed tale alteri subministrat, quod simul et futurum scelus viam et media ostendit, diversimode punitur prout vel consilio suo plane auctor criminis, ant certe promotor, atque circa media scelesta ignorantis in casu speciali instructor est, adeoque in delictum, ut concausa influit. Poenam itaque consilii reliquit arbitrio judicis Lauterb. §. f. cap. 1 de consil. An consilium speciale detur sua sponte peccaturo, an ei, qui alias peccaturus non erat, rem non conficit. Modo constet, consilium causam dedisse delicto. Nam fur etiam est, qui rogatus, furaturo consilio suo adjutum venit. Quorsum et illam speciem referrem, si quis scelerato circa facinus adhuc scrupulos sibi efformanti, scrupulos maligno consilio eximeret. Vel prout tantum accidentaliter ad delictum alias jam sine eo petrandum concurrit, ibi enim ordinaria, hic extraordinaria poena infligitur[4]).“ Die Beihülfe anlangend sagt Kreß[5]): „Circa opem judicium ferendum est, pro ratione opis collatae, quid operae et quomodo, an ante, vel post delictum, an in ipsa delicti executione suppetiae latae, videndum. Quae ultima species ad poenam demum ordinariam spectat.“ Von Com=

3) Kress, comment. in CCC. p. 569, 2.

4) a. a. O. S. 570, wo auch Beispiele angeführt sind.

5) a. a. O. S. 571, durch Beispiele erläutert.

plottanten sagt er: „licet diversis ut in ejusmodi consortiis, ex natura rei atque ipsius facinoris circumstantiis fieri solet, impiis officiis defungantur, propter eandem tamen malam intentionem, conspirationem, indeque oriundam criminis perpetrandi communionem, regulariter eadem poena puniuntur [6])".

§. 39.

Die Juristen des 18. Jahrhunderts bezeichnen als socii criminis alle diejenigen, qui causa sunt delicti ejusque consummationem quocunque modo producunt [1]) und indem sie nun lediglich dieses Causalitätsverhältniß im Auge haben, bestimmen sie das Maß der Schuld und damit die Strafe „ex pondere, efficacia et momento, quod quis committendo vel omittendo ad consummationem attulit [2]). Qui plus minusve confert, ei magis vel minus imputatur crimen commissum, quo in effectu pertinent, quae de concursu proximo et remoto circumferuntur. Illius rei fiunt, qui aequaliter cum causa physica in delictum influunt, ita ut effectus ab uno non magis quam ab altero producta fuerit: hujus vero, quorum influxus est inaequalis, ita ut executor immediatus causa principalis sit, moraliter concurrens vero secundaria et minus principalis [3]). Da man sich indeß schon durch practische Erfahrungen belehrt sagen mußte, daß die Unterscheidung von gleicher und ungleicher, naher und entfernter, Haupt- und Neben-Theilnahme das Wesen der Sache nicht erschöpft habe,

---

6) a. a. O. S. 569 1, wo einige Modificationen beigefügt sind.
1) Boehmer, medit. in CCC Art. 177 S. 837 §. 1.
2) Böhmer (wie auch Kreß) hebt übrigens besonders hervor: „non immiscendos esse, qui expost facto vitiosi quidagunt".
3) Boehmer l. c. §. 2 VIII.

erfand man noch eine Reihe von andern Unterscheidungen und zählte casuistisch das auf, was unter jede einzelne gerechnet werden müsse[4]).

Vergeblich bemühte sich Stübel[5]), aus diesem Labyrinth den Ausgang zu zeigen, denn da auch er über das Princip der abstracten objectiven Causalität nicht hinauszusehen vermochte, gelang es ihm nicht, das Gebiet der Urheberschaft und Beihülfe richtig zu begrenzen. Indem er z. B. erstere als „nahe" und letztere als „entfernte Theilnahme" unterschied, und zu jener alle bei und während der Verübung des Verbrechens geleistete Thätigkeit als mitwirkende Ursache rechnete, zugleich aber annahm, daß auch die entfernte Theilnahme in Urheberschaft übergehe, wenn von ihr die physische Möglichkeit des Verbrechens abhängig, indem dann der entfernte Theilnehmer als die nothwendige Ursache des Verbrechens zu betrachten sei[6]), beschränkte er das Gebiet der Beihülfe viel zu sehr[7]), ihm im Grunde nur das Herbeischaffen entbehrlicher

---

4) Z. B. Meister, principia juris crim. §. 41. Puettmann, elementa §. 50. v. Quistorp Crim.-R. Bd. 1 §. 54 ff. Klein, Grundsätze §. 138. Kleinschrod, Entwickelung §. 198.

5) In seinem Werke über Thatbest. §. 29—31, §. 36—38, §. 40, §. 43—54.

6) Mit Bezug hierauf sagt Stübel, Thatbest. §. 36, man theile in dieser Rücksicht die entfernte Theilnahme in die volle und nicht volle, oder Haupt- und Nebentheilnahme (concursus ad delictum plenus s. principalis und minus plenus s. minus principalis) ein. Der volle Theilnehmer entferne die Hindernisse, welche die That dem Andern unmöglich machten, der nicht volle entferne höchstens blos solche, welche die That erschweren. In §. 40 wird noch als nicht volle entfernte Theilnahme erwähnt, „inwiefern Jemand zur Verheimlichung eines verübten Verbrechens beiträgt oder selbst einen Gewinn davon zu machen sucht, in dem Werke über Theilnahme §. 36 hat der Verfasser Begünstigung aber von der Mitwirkung ausgeschlossen.

7) Z. B. S. 34 des Werkes über Thatbest. heißt es: „Wir unterscheiden (bei Feststellung der Miturheberschaft), ob derjenige, welcher bei

Mittel und Hinwegräumung von Hindernissen übrig lassend[8]). Aehnlich in der Lehre von der Anstiftung. In seinen Werke über Theilnahme §. 40 ff. ist Stübel noch weiter gegangen.

§. 40.

Erst der neuesten Zeit war es vorbehalten, zu erkennen, daß sowohl die Feststellung des Begriffs der Theilnahme als die Bestimmung der Strafbarkeit der einzelnen Theilnehmer vom subjectiven Standpunkte aus geschehen muß. In der heutigen Doctrin werden als Theilnehmer am Verbrechen alle diejenigen angesehen, welche an der Hervorbringung desselben, sei es körperlich oder geistig, sei es in dieser oder jener Intension participiren[1]). Ihre Motive und Interessen können

---

einem Verbrechen concurrirt eine Thatsache hervorgebracht habe, die zu dem gesetzlichen Begriffe derselben gehört und daher einen Theil des Thatbestandes ausmacht, z. B. bei dem Diebstahle die Behältnisse der Sache erbrochen oder sich auf eine andere Art theilnehmend bewiesen, z. B. die Instrumente geliehen, die gestohlenen Sachen verhehlet und verpartieret habe. Nur in jenem Falle ist der Handelnde in Rücksicht der physischen Theilnahme Miturheber" (intellectueller Miturheber kann man nach S. 35 Not. a auch durch die entfernte Theilnahme werden). „Die Theilnehmer der ersten Art werden nahe (socii proximi) und die der zweiten Art entfernte (socii remoti) genannt" u. s. w. S. 36 fährt der Autor fort: „Nach meiner Meinung begreift die nahe Theilnahme nicht nur die Hervorbringung einer ganzen Thatsache in sich, welche den Thatbestand eines Verbrechens ausmacht, sondern auch noch alle andere einzelne Handlungen, die in der Absicht zu gleicher Zeit unternommen werden, um eine zum gesetzlichen Begriffe erforderliche Thatsache zur Existenz zu bringen. Wer also bei dem Stehlen oder Morden geleuchtet, ist ebensowohl ein naher Theilnehmer als derjenige, welcher die Diebs- oder Mordinstrumente geführet" u. s. w.

8) a. a. O. S. 45. Die entfernten Theilnehmer „legen bei der Handlung eines Verbrechens selbst unmittelbar nicht Hand an", ... „in ihnen liegt nicht die nächste Ursache der Existenz, sondern gewöhnlich blos die der Erleichterung eines Verbrechens".

1) Geib a. a. O. §. 104 z. A.

sehr verschieden sein, aber das Ziel, nach dem sie streben, ist ein gemeinsames, und sie sind sich des gemeinsamen Ziels bewußt. Es ist also keine Theilnahme, wenn A das Gebäude, das B in demselben Augenblicke an einer Seite anzündet, in welchem C an der andern Seite dasselbe thut, ohne daß beide von einander wissen. Jeder handelt hier für sich und ohne Verbindung und Beziehung zum Andern. Keiner von ihnen nimmt das Ganze, Jeder verübt isolirt von dem Andern ein selbstständiges Verbrechen, kein gemeinsames liegt vor. Der wahre Begriff der verbrecherischen Theilnahme besteht[2]), wie Berner gezeigt hat, im bewußten Zusammenhandeln mehrerer Personen, aber ohne daß die eine zugleich Object der verbrecherischen Handlung der Andern ist. Von der Theilnahme ausgeschlossen ist dem Gesagten nach also:

1) die Begünstigung, denn, sofern man darunter eine strafbare Thätigkeit versteht, die Jemand in Bezug auf das Verbrechen eines Andern nach dessen Begehung äußert[3]), bebetheiligt er sich offenbar nicht an dessen Hervorbringung, die Begünstigung ist ein selbstständiges Verbrechen.

2) Ausgeschlossen ist aber auch der Fall, den man als concursus necessarius bezeichnet hat, d. h. wenn das Object des Verbrechens mit der mithandelnden Person identisch ist, wie z. B. beim Incest, beim Duelle. Hier fehlt es an dem Zusammenhandeln für eine außerhalb der mitthätigen Personen liegenden Zweck[4]), von einem concursus necessarius redet

2) S. auch Zachariä im Arch. v. 1850 S. 268.

3) Die dahin gehörigen Acte, namentlich Sicherung der Person des Verbrechers, Sicherung der Vortheile des Verbrechens resp. Theilung derselben, stehen zwar in Beziehung zu dem Verbrechen, schließen indeß die Causalität in Beziehung auf dasselbe aus. In der vor dem Verbrechen zugesagten Begünstigung liegt aber, wie wir später sehen werden, Beihülfe.

4) Zachariä a. a. O. S. 268, 269. Ein andern Grund führt

man hier im Gegensatze der Theilnahme oder concursus facultativus deshalb, weil das eine mithandelnde Subject, nicht als Subject, sondern als Object nothwendig ist, und eben hierin liegt der Grund, der diesen Fall von der Theilnahme ausschließt [5]).

3) Auch die Bande gehört nicht zur Theilnahme. Wir verstehen unter Bande eine Vereinigung Mehrerer zur Begehung mehrerer gleichartiger oder ungleichartiger, noch nicht bestimmt beschlossener Verbrechen. Sie erscheint als Quelle, aus der eine Reihe von Verbrechen entspringen kann, jedes von den Mitgliedern der Bande begangene Verbrechen muß, wenn es in das Gebiet der geschlossenen Vereinigung fällt, als Complott behandelt werden, aber die Vereinigung an sich ist nicht Gegenstand crimineller Behandlung. Denn die Bildung der Bande geht dem Complotte zu einem bestimmten Verbrechen vorher, und kann um so weniger peinlich strafbar sein, als nicht einmal — wie sich später zeigen wird — das Complott an sich strafbar ist. Hälschner [6]) bemerkt ganz richtig, daß, so lange die Bande nur erst eine Vereinigung erscheint, aus welcher, je nach der sich darbietenden Gelegenheit eine Reihe noch unbestimmter Verbrechen hervorgehen soll, auch das die Genossen verbindende medium weiter nichts ist, als eine Neigung zur gemeinschaftlichen Begehung von Verbrechen. Und wenn man nun noch gar nicht das einzelne zu begehende Delict nach Qualität oder Quantität kennt, wo wäre der Maßstab für Festsetzung der Strafe [7])?

---

an Köstlin, System S. 257. Dagegen verwirft Hälschner a. a. O. §. 81 die Ausschließung des s. g. concursus necessarius von der Theilnahme ganz, aber aus unzureichenden Gründen.

5) Berner a. a. O. S. 166.

6) a. a. O. S. 427.

7) Wenn man sich damit helfen will, daß man nach Umfang und Art der in den allgemeinen Plan aufgenommenen Verbrechen eine Durchschnittsberechnung aufstellt, so ist — abgesehen von dem Unjuristischen

Theilnehmer betreiben das Verbrechen entweder als eigne Angelegenheit oder als eine fremde, welche sie fördern und realisiren helfen wollen; erstere heißen Urheber[8]), letztere Gehülfen[9]); jene können wieder als geistige (intellectuelle) oder als physische, und als Miturheber unterschieden werden.

---

solchen Verfahrens, — dagegen das practische Bedenken, daß damit unter Umständen den Bandenmitgliedern Anlaß gegeben wird, bei bevorstehender Entdeckung schnell das kleinste der beabsichtigten Delicte zu verüben und dadurch zu erreichen, daß die Strafe milder ausfalle, indem die Strafe des kleinstens Verbrechens geringer sein kann, als die nach jener Durchschnittsberechnung sich ergebende.

8) Der Urheber will die That als seine eigene hervorbringen, ob er etwas für sich selbst oder für einen Andern damit bezweckte, ob er z. B. das Gestohlene einem selbst löblichen Zweck (Unterstützung Armer) verwenden, ob er durch das Verbrechen einem Freunde einen Gefallen thun will, hat auf den formellen Begriff der Urheberschaft keinen Einschluß. Auch wenn der beabsichtigte Erfolg nicht eintritt, spricht man von einem Urheber, wenn nur die Thätigkeit des seine eigene Absicht Verfolgenden in das Stadium des straftbaren Versuchs vorgerückt ist. Wo eine Handlung von einer einzigen Person begangen ist, spricht man nicht besonders von einem Urheber, sondern nur beim concursus ad delictum. Berner a. a. O. 205.

9) Der praktische Werth, den man von dieser Eintheilung der Theilnehmer erwartet, ist der, daß sie den allgemeinen Maßstab für die Strafbarkeit giebt. Man hat daher auch wohl vorgeschlagen, nur zwei Classen von Theilnehmern anzunehmen, nämlich zwischen gleicher und ungleicher Theilnahme zu unterscheiden, wodurch angezeigt werden soll, daß die Einzelnen, welche an der Hervorbringung eines Verbrechens participiren (abgesehen von besondern in der Person des Einzelnen liegenden Strafzumessungsgründen), in gleicher Weise für das Verbrechen haftbar sind oder in ungleicher Weise einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegen. Dieses ist an sich richtig, ebenso Zachariä's sich daran schließende Bemerkung (vergl. Arch. v. 1851 S. 212), daß die Unterscheidung zwischen gleichen und ungleichen Theilnehmern sich allein für eine Strafgesetzgebung empfiehlt, „in welcher ja überhaupt möglichst alle doctrinellen Definitionen und Terminologien zu vermeiden sind". Diese auch in Art. 177 der peinl. G.-O. anerkannte Unterscheidung hat aber nicht blos von der äußern Thätigkeit der Theilnehmer auszugehen, sondern dem subjektiven Momente muß mindestens eine ebenso große

Als solche kommen sie in den meisten neuern Legislationen vor, am häufigsten wird der intellectuelle Urheber als „Anstifter", der physische als „Thäter" bezeichnet, mit welchem Ausdruck die Volkssprache übereinstimmt.

---

und zunächst überwiegende Bedeutung beigelegt werden, „nam maleficium voluntas et propositum delinquentis distinguit" sagt Paulus. Niemals kann der, welcher das Verbrechen als eine fremde Angelegenheit betreibt, ebenso strafbar sein, als der dasselbe als eine eigene Betreibende. Vergl. §. 72.

Der in einigen, z. B. sächsischen, Ländern gesetzlich eingeführte Unterschied zwischen gleicher und ungleicher Theilnahme ist, weil man das soeben Gesagte außer Acht ließ, ein unrichtiger. Gleiche Theilnahme muß und darf nur angenommen werden, wo Gleichheit der verbrecherischen Absicht vorliegt, welche sich in einem, derselben entsprechenden äußern Handeln bestätigt hat (Zachariä a. a. O. S. 215). Dagegen wird in der sächsischen Legislation Jeder als gleicher Theilnehmer behandelt, der sich bei Ausführung der That betheiligt, als ungleicher Theilnehmer nur der behandelt, der an der Ausführung in keiner Weise Theil nahm; vergl. Art. 34 und 37 des Königl. sächs. Ges. v. 1838 und Art. 31 und 35 des Thür. Str.-G.-B. Das jetzt im Königreiche Sachsen geltende Strafgesetzbuch spricht richtiger.

Specieller Theil.

Erstes Capitel.

Vom intellectuellen Urheber.

§. 41.

Intellectuellen Urheber oder Anstifter nennt man gewöhnlich denjenigen, der den Willen eines Andern absichtlich zur Begehung des Verbrechens bestimmt[1]). Genau genommen würde diese Difinition nicht passen, denn von einem Determiniren des Willens Anderer kann nicht die Rede sein, weil zwischen Ursache und Wirkung, — und mögen die gebrauchten Gründe noch so dringend sein, — doch immer noch die freie Selbstbestimmung des Angestifteten mitten inne stand[2]).

1) Feuerbach a. a. O. §. 44. Bauer, Strafr. §. 76. Auch die neueren Gesetzbücher drücken sich mehr oder weniger so aus, z. B. das Braunschweig. Art. 41: „wer durch .... einen Andern zur Begehung einer verbrecherischen Handlung bestimmt". Hessen-Darmstadt. Art. 71: „Der Anstifter (intellectuelle Urheber), welcher Urschache des Verbrechens dadurch geworden ist, daß er den Thäter vorsätzlich zu dem Entschlusse, dasselbe zu begehen bestimmt hat", desgl. Baden. Art. 119, Hannover. Art. 53: „der Anstifter, d. h. derjenige, welcher in dem Andern den Entschluß zur Begehung des Verbrechens vorsätzlich bewirkt hat". Thüringer Art. 34: „Wer einen Andern durch ..... bestimmt, ist" u. s. w.; über andere vergl. Berner, Lehrb. §. 109 Not. 2.

2) Das bestimmende Subject verhält sich nur vergleichsweise zu dem

Man kann den Willen eines Andern nicht bestimmen, wie man ein Werkzeug, eine Naturkraft verwendet, der Andere kann immer nur sich selbst bestimmen. Richtiger würde man also den als Anstifter bezeichnen, der absichtlich auf einen Andern intellectuell in der Weise einwirkt, daß dieser sich zum Verbrechen bestimmt[3]).

Der Anstifter ist Schöpfer der verbrecherischen Absicht, sie hat ihren Ursprung in seiner Denkthätigkeit, er führt sie aber nicht selbst aus, sondern bedient sich zum Zweck ihrer Verwirklichung der Thätigkeit des Angestifteten. Ist aber dieser gezeigtermaßen der intellectuellen Einwirkung des Anstifters gegenüber durchaus frei, so erscheint er seinerseits auch selbst als Urheber, er begeht ein Verbrechen, welches er selbst will, befördert nicht blos (wie der Gehülfe) das Verbrechen eines Andern, er verübt sein eigenes.

Um nun diese zwei Urheber zu unterscheiden, pflegt man den Anstifter als den intellectuellen, den Angestifteten als den physischen[4]) oder als Thäter zu bezeichnen[5])

---

bestimmten, wie Ursache zur Wirkung, der Wille des zweiten Subjects wäre nicht mehr Wille, nicht mehr Freiheit, wenn sich der Wille des ersten schlechthin als Ursache zu ihm verhielte; denn die Ursache necessitirt die Wirkung. Berner, Theile S. 16. Dieses ist von den ältern Criminalisten übersehen und daher sind zahlreiche Irthümer in unsere Lehre gekommen, z. B. daß nur derjenige Anstifter sei, der mit hinreichend starken Mitteln auf den Andern, der dadurch zur Missethat getrieben werde, influire. (Dieses verleitete auch Mittermaier [Arch. Bd. 3 S. 125], den bloßen Auftrag von den Mitteln der Anstiftung auszuschließen.)

3) Berner, Theiln. S. 274.

4) Weil der Anstifter die That nicht selbst ausführt, sondern durch eine Mittelsperson, hat man ihn auch den „mittelbaren", den physischen Agenten den „unmittelbaren Urheber" genannt.

5) Die allgemeinen Ausdrücke des römischen Rechts für Bezeichnung des Anstifters sind „qui dolo malo fecerit, ut" (L. 4 §. 4 D. 47. 8, L. 11 pr. D. 47. 10), „qui auctor fuerit" (L. 3 §. 4 D. 48. 8, L. 38

§. 42.

In der Begriffsbestimmung der Anstiftung wie der Theilnahme überhaupt liegt bereits angedeutet, daß es keine culpose Anstiftung geben kann. Der intellectuelle Urheber muß nothwendig die Absicht auf ein Verbrechen haben, wenn er sie einem Andern mittheilen soll[1]: Wer darauf ausgeht, eine fremde Subjectivität und deren freie Causalität als Mittel für sich zu setzen, kann dieses nur behufs Realisirung eines Zwecks, mithin nur absichtlich thun[2]). Allerdings läßt sich nicht bestreiten, daß Jemand, ohne es zu beabsichtigen, einen Andern zur Verübung eines Verbrechens Anlaß geben kann (z. B. durch unvorsichtige Rede, durch sein bloßes Beispiel, durch Schriften, selbst solche, die wie die Bibel an sich

---

§. 2 D. 48. 19), „si quis curaverit oder procuraverit" (L. 11 pr. D. 47. 10, L. 15 §. 10 D. 47. 10), „is cujus instinctu" (L. 5 D. 47. 11), „cujus opera, dolo malo" (L. 1 pr. D. 48. 8); für Anreizen, bösen Rath, Verführung, Ueberredung kommen vor „consilium dare" (L. 36 pr. D. 47. 2), „sollicitare" (L. 1 §. 1 D. 48. 4), „concitare" (L. 1 §. 1 D. 48. 4, L. 3 ibid., L. 16 D. 49. 1), „suadere, persuadere" (L. 12 D. 48. 5, L. 51 §. 3 D. 47. 2), für Befehl findet sich „imperare" (L. 7 §. 4 D. 47. 7), „jubere" (L. 7 D. 48. 6), für den Auftrag „mandare" (L. 11 §. 3 und 5 D. 47. 10, L. 5 C. 9. 2), für das Dingen um Lohn „conducere, commodare" (L. 11 §. 4 D. 47. 10, L. 4 D. 48. 6). Der Ausdruck causam praebere s. praestare umfaßt zwar die verschiedenen Fälle der Anstiftung, kommt aber auch in anderer Bedeutung vor (namentlich für die das Verbrechen nicht unmittelbar hervorbringenden Handlungen physischer Theilnahme, z. B. L. 11 §. 1 D. 9. 2, wo derjenige, der den Getödteten festhielt, damit bezeichnet ist).

1) Berner, Theiln. S. 270.

2) Köstlin, Revis. Bd. 1 S. 513. Es genügt aber dolus eventualis. Hälschner a. a. O. S. 355, auch braucht der dolus kein prämeditirter zu sein. Anstiftung im Affecte ist schon oft vorgekommen. Luxuria muß man consequenter Weise ausschließen. Berner a. a. O. S. 279.

gfüten Inhalts sind), aber er ist dann kein intellectueller Urheber des Verbrechens im juristischen Sinne, er ist überall nicht criminell strafbar[3]).

§. 43.

Wo nicht der Thäter als frei handelndes Subject erscheint, liegt nur scheinbar Anstiftung vor, indem der, den man hier für den Anstifter zu halten versucht sein könnte, das Verbrechen einzig und allein begeht, trotz der Thätigkeit des Andern als der alleinige Urheber anzusehen ist. Denn wo das Thun des Andern als ein für diesen selbstloses erscheint, da hat derselbe nicht „gehandelt", sein Thun gleicht dem Wirken von Naturkräften oder Thieren, die Jemand in Bewegung gesetzt hat. Hierher gehörige (von Heffter mit dem sich selbst widersprechenden Ausdrucke „unfreiwillige Complicität" bezeichnete) Fälle treten ein:

1) Wenn sich Jemand zur Ausführung des von ihm gewollten Verbrechens der Thätigkeit eines subjectiv Unzurechnungsfähigen bedient oder

---

3) Von älteren und neueren Criminalisten wird dieses anerkannt. Während Einige viel zu allgemein und vag sagen: „Das Wort muß frei sein", wollen Andere Alles auf die objective Causalität reduciren. Einfach und richtig wird sich die Sache erklären, wenn man bedenkt, daß es hier eben an der Voraussetzung der culpa als verbrecherischer Schuld fehlt, indem sich nämlich nicht sagen läßt, der unvorsichtig Redende, Schreibende u. s. w. konnte oder mußte den Erfolg vorhersehen. Denn eine derartige Einwirkung läßt sich immer nur in Ansehung des Naturcausalismus annehmen, nicht aber in Ansehung der freien und gerade deshalb außer aller Berechnung liegenden Causalität anderer Subjecte. Mithin kann bei Jemanden, der durch Rede, Beispiel u. s. w. Anlaß zu dem abseiten eines Andern verübten Verbrechens gab, allenfalls von einer moralischen, nicht aber von einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit gesprochen werden. Und wir finden auch in unserer neuen Strafgesetzgebung — mit weniger Ausnahme — dafür keine Strafe angedroht.

2) den Irrthum [1]) oder die Unkenntniß eines Andern in Ansehung der Bedeutung der von diesem vorzunehmenden Handlung hervorrief [2]) oder benutzte und diesem die verbrecherische Intention ganz verborgen blieb (s. noch §. 49). Mittermaier [3]) erzählt folgendes Beispiel: Eine Frau hörte, daß es ein Mittel gebe, die erstorbene Liebe ihres Gatten wieder zu wecken. Ihr Nachbar, ein verborgener Feind des letzteren, an den sie sich wandte, bezeichnete ihr ein dazu angeblich dienendes Pulver, welches aber giftiger Art war und dessen Anwendung des Mannes Tod zur Folge hatte.

3) Wenn Jemand einen Andern durch vis absoluta zwingt, eine Handlung, die einen strafgesetzwidrigen Erfolg hat, vorzunehmen oder zu unterlassen. Wenn z. B. X den Y derartig vergewaltigt, daß er, dessen Hand führend, ihn eine Urkunde von falschem Inhalte unterschreiben läßt, oder wenn X die Hand des Y ergreift und damit den Z in die Schläfe schlägt, so ist nicht Y Urheber des Delicts, sondern X ist es in Wahrheit allein; wir können hier von keiner „Handlung" des Y reden, er erscheint als Werkzeug, als Maschine, und die Sache steht nicht anders, als wenn X sich z. B. im letzten Falle statt der Hand des Y eines Stocks bedient hätte [4]).

1) Dabei macht es einen Unterschied, ob der Irrthum entschuldbar ist oder nicht. Letzternfalls hätten wir nämlich zwei ganz unabhängige Delinquenten, einen dolosen und einen culposen, (den irrenden), aber keine Theilnehmer, weil die gemeinsame verbrecherische Absicht fehlt. Hälschner S. 346 und Geib a. a. O. Bd. 2 S. 346. Köstlin, Rev. Bd. 1 S. 513. Berner S. 289 und Andere.

2) Z. B. A und B sind zusammen auf der Jagd, A sieht seinen Feind C im Gebüsche, bewegt in der Absicht der Tödtung den B, den er glauben macht, C sei ein Stück Wild, auf diesen zu schießen und B erschießt den C wirklich. Wäre der Irrthum in B selbst entstanden, und hätte A, mit demselben bekannt, den B zum Schießen angeeifert, so hätten wir einen Fall des benutzten Irrthums.

3) Arch. Bd. 3 S. 142.

4) Werner, Handb. S. 574.

4) Wenn der Thäter durch einen unbedingt verpflichtenden[5]) Befehl zu dem Thun oder Unterlassen, welches einen strafgesetzwidrigen Erfolg hat, veranlaßt ward. Daher ist z. B. der Soldat, der, von seinem Officier durch einen ordentlichen militärischen Befehl veranlaßt, bei einem Auflaufe von seiner Waffe Gebrauch macht, nicht Urheber der dadurch entstandenen Verwundung oder Tödtung, sondern allein der Officier kann möglicher Weise dafür gelten[6]). Ebenso ist der Gerichtsdiener zu beurtheilen, der einem formgerechten Befehle zufolge einen Unschuldigen verhaftet; er erscheint hier als Werkzeug des Vorgesetzten, er hat gar keine juristische Veranlassung zu einer Kritik des Befehls[7]).

§. 44.

Welches das Motiv des Anstifters, welches dasjenige des Angestifteten, und ob in dieser Beziehung eine Gemeinschaft vorhanden sei, ist gleichgültig für den Begriff der Anstiftung. Das Motiv kann zwar ein gleiches sein, insofern aber der Handelnde im Motive sich gerade in seiner Individualität geltend macht und bei

---

5) Berner a. a. O. S. 282 meint, der formelle Begriff der intellectuellen und physischen Urheberschaft sei hier nicht aufgehoben, denn der Befehligte bleibe zurechnungsfähig, er handle frei (wenn auch straflos). S. aber dagegen Hälschner a. a. O. S. 345 Not. 16. Zachariä im Arch. von 1850 S. 276 ff. Geib a. a. O. Bd. 2 S. 346.

6) c. 13 C. 23 qu. 5.

7) Die Frage, wann ein Befehl unbedingt verpflichtend sei, und wann nicht, ist ausführlich zu beantworten hier nicht der Ort. Blinden Gehorsam zu leisten, ist man in privatrechtlichen Verhältnissen (selbst wenn man wie der Haussohn, das Weib oder der Sclav in strenger Subjection zum Befehlenden steht) nicht verbunden (L. 157 D. 50. 17, L. 20 D. 44. 7, L. 167 und 169 D. 50. 17), aber auch in Subjectionsfällen des öffentlichen Rechts wenigstens nicht überall dazu gehalten. Vergl. hierüber Zachariä a. a. O. S. 277.

allen Handlungen sein individuelles Interesse hat, wird sich überhaupt wohl kaum von einem gemeinsamen Motive reden lassen.

Unrichtig wäre es daher, zu behaupten, daß Anstiftung da nicht denkbar sei, wo der Anstifter nicht von dem gewöhnlichen Motive zum Verbrechen bewogen sein könne, so daß z. B. keine Anstiftung zum Ehebruch oder zur Nothzucht angenommen werden dürfe, wo das Motiv der Befriedigung eigener sinnlicher Lust fehle [1]).

§. 45.

Es kann Jemand auf die verschiedenste Weise Anstifter werden, insonderheit:

1) durch Auftrag [1]), welcher übrigens nicht in Worten ausgedrückt zu sein braucht, sondern auch aus Zeichen und concludenten Handlungen [2]) zu erkennen sein kann. Welche

---

1) Es ist z. B. sehr wohl möglich, daß Jemand, um sich zu rächen, einen Andern zur Ausübung solcher Verbrechen bestimmt; hier ist er doch geistiger Schöpfer der That. Hälschner a. a. O. S. 352 Not. 8.

1) Mittermaier sagt im 3. Bande des N. Arch. S. 135, das reine Mandat könne keine hinreichend psychologisch wirkenden Nöthigungsgründe enthalten, Jemanden zum Verbrechen zu bestimmen, sondern wohl nur einen bereits zum Verbrechen „leicht" Entschlossenen bestärken, wie die Erfahrung lehre.

Diese Aeußerung hängt mit der alten Theorie der objectiven Causalität zusammen. Und wie könnte man leugnen, daß der bloße Auftrag den Beauftragten veranlassen kann, sich jetzt erst zum Verbrechen wirklich zu bestimmen, z. B. wenn Jemand Auftrag von einer ihm sehr werthen Person erhält, welcher er gern einen recht uneigennützigen Dienst leisten möchte, oder von einer Person geistigen Uebergewichts beauftragt wird, zumal wenn hiermit ein Aufgelegtsein zur Begehung in der Person des Beauftragten zusammentrifft!

2) In Ansehung privatrechtlicher Verhältnisse bestreitet dieses gewiß Niemand, und es liegt kein Grund vor zu der Annahme, daß es im Gebiete des Strafrechts, wo ja die Handlungen mehr als irgendwo sonst

hierher zu rechnen, läßt sich im Allgemeinen um so weniger sagen, als es eben nur darauf ankommt, daß das Zeichen, die Geberde u. s. w. für die Anzustiftenden verständlich sei [3]). Gewisse Zeichen u. s. w. pflegen Jedermann einer bestimmten Classe von Personen verständlich zu sein, andere nur Leuten des nächsten Umgangs oder gewissen eingeweihten Individuen, auch läßt sich denken, daß über die Bedeutung eines Zeichens oder einer symbolischen Handlung gar kein Zweifel möglich, wenn nämlich darüber bereits ein für alle Mal eine bestimmte Abrede getroffen ist. Daß freilich bei all' dem der Beweis der Anstiftung in einem gegebenen Falle sehr schwierig sein kann, wird sich nicht verkennen lassen, und immer zu untersuchen sein, ob in dem Zeichen eine Anstiftung oder vielmehr nur eine Beihülfe enthalten sei [4]).

Dagegen darf eine sogenannte stillschweigende Anstiftung, sofern man unter dieser den Fall verstehen will, da Jemand die verbrecherische Thätigkeit eines Andern mit ansieht und dazu schweigt, nicht angenommen werden. Einerseits ist zu bedenken, daß der, welcher bereits angefangen hat, das Verbrechen auszuführen, durch das Schweigen nicht mehr dazu bestimmt wird, andererseits, daß der Handelnde nicht wissen kann, warum jener schweigt; dieser hat durch sein Schweigen die Handlung nicht zu der seinigen gemacht, der Handelnde kann nicht sagen, er habe auf Rechnung jenes gehandelt [5]).

---

nach ihren Motiven, Zweck und Art der Erscheinung betrachtet und beurtheilt und nach ihrer psychologischen Seite gewürdigt werden, anders sein müßte.

3) Wir dürfen hier auf den vielfach citirten Fall verweisen, den Livius (I. 54) von Tarquinius und seinem bei den Gabiern sich aufhaltenden Sohne Sextus erzählt, ein Beispiel doppelter, in einander greifender intellectueller Urheberschaft.

4) Archiv von 1841 S. 417 ff.

5) Daß dieses nicht passend sein kann, geht schon einfach daraus

Völlig unhaltbar ist auch die Behauptung, daß hier Genehmigung dem Auftrage gleich zu achten sei, zu welchem Satze man durch Uebertragung des Röm. Privatrechts auf criminelles Gebiet gekommen ist [6]). Es liegt auf der Hand, daß derjenige, welcher eine That angefangen hat, ohne daß sich ein Anderer zuvor dabei betheiligte, von diesem nicht dazu

---

hervor, daß von einem Mandaten im Sinne des Civilrechts überhaupt keine Rede sein könnte, denn solches darf ja nicht contra bonos mores lauten, nicht auf ein turpe gerichtet sein (§. 7 J. 3. 26, L. 6 §. 3, L. 22 §. 6 D. 17. 1). Von dem in L. 152 §. 2 D. 50. 17 und in L. 1 §. 14 D. 43. 16 mit speciellem auf Besitzentsetzung aufgestellten Satze „in maleficio ratihabitio mandato comparatur" können wir keinen allgemeinen Gebrauch machen, müssen vielmehr diesen Ausspruch auf Civilklagen aus Delictsobligationen einschließlich der Klagen auf Privatstrafen beschränken, wie Zachariä im N. Arch. von 1851 S. 211 nachgewiesen hat, dabei hervorhebend, daß unser Satz besondere Wichtigkeit hatte für die aus Delicten des Sclaven gegen den Herrn gehende Noxalklage, in welcher Beziehung vom maleficium servorum geredet (cf. lit. J. de nox act. L. 1 seq. D. 9. 4) und bestimmt ist, daß bei dem sciente domino verübten oder ratihabirten Delicte der Herr in solidum obligirt sei, auch durch noxae datio sich nicht befreien könne. Das canonische Recht geht in c. 23 in VI. 5. 11 offenbar zu weit. Wenn auch nicht in der frühern, so ist man doch entschieden in der spätern deutschen Doctrin dahin gekommen, das Unhaltbare und darum Unanwendbare dieser Stelle zu erkennen. Heffter a. a. O. §. 83 Not. 4. Köstlin, Syst. S. 308 Not. 7.

6) Ich vermag nicht einzusehen, weßhalb Köstlin (in der Revis. S. 515), der das Gesagte als richtig anerkennt, dennoch verlangt, daß man die Möglichkeit wahrer Miturheberschaft zugebe. Widerlegt wird er durch das von Berner a. a. O. S. 279 gesetzte Beispiel, nach welchem mehrere Söhne die Ermordung eines Familienfeindes in des Vaters Gegenwart berathen und Letzterer dazu schweigt. Wird man ihn hier den Urheber nennen dürfen? Werden wir dies dürfen, selbst wenn wir uns denken, der Vater habe wirklich den Willen, daß das Verbrechen begangen werde? Kann er hier nicht schweigen, weil er die Handlung nicht als die seinige verübt wissen will, weil er sie zwar will, aber als eine fremde, weil sein animus doch immer nur Gehülfenwille ist? Ihm persönlich wäre vielleicht lieber, wenn nichts aus der Sache würde, mit Rücksicht auf die Andern schweigt er.

veranlaßt sein kann, und an dieser natürlichen Sachlage kann ratihabitio, als eine juristische Handlung, nichts ändern. Dagegen kann in der ratihabitio eines im Vollzuge befindlichen Verbrechens eine Anreizung zur Beendigung gefunden werden, welche je nach Umständen als Miturheberschaft oder Beihülfe aufzufassen sein wird [7]).

§. 46.

2) Befehl. Solcher ist weiter nichts, als ein Auftrag, wobei der Mandatar in einem Subjectionsverhältnisse gegenüber dem mandans steht. Alles vom Mandatar Gesagte muß im Allgemeinen daher auch hier gelten. An und für sich ist der Befehligte nicht straflos [1]), ausgenommen die Fälle, von denen in §. 43 sub 4 die Rede war. Vgl. den folg. §.

---

7) Köstlin, Rev. Bd. 1 S. 516.

1) Das alte deutsche Recht war anders. Wurde ein Verbrechen auf Befehl Jemandes, zu dem der Thäter in einem Abhängigkeitsverhältnisse stand, verübt, so trug der Befehlende die Schuld allein, L. Saxon. XI. §. 1, L. Frision. I. 14, und selbst wenn ein Unfreier in Gegenwart seines Herrn ein Verbrechen beging, mußte Letzterer haften. Edict. Rotharis c. 253. Was ein Freier auf seines Königs und Vorgesetzten Befehl gethan, ward ihm nicht zugerechnet L. Bojuvar. II. 8. Im angelsächsischen Gesetze Ines heißt es: „Wenn ein Kerl Vieh stiehlt und in sein Haus trägt und man findet es daselbst, so ist er für seinen Theil schuldig mit Ausschließung des Weibes, denn sie soll ihrem Vorgesetzten gehorchen.“ Später kam man hiervon zurück, z. B. Wormser Stadtrecht VI. 2. 19: „So eyner den andern hiesse ..... yemandt todt zu schlagen vnd derselb thett solichs: die sollen beyd gleych des todes verurtheilt vnd gericht werden.“ Preuß. Landr. Th. II Tit. 20 §. 67—69: „Wer sich eines Andern zur Ausführung eines Verbrechens bedient, wird ebenso bestraft wie derjenige, welcher ein solches Verbrechen selbst und unmittelbar begangen hat. Steht er gegen den Thäter im Verhältnisse eines Vorgesetzten oder einer Respectsperson, so wird er als Rädelsführer des veranstalteten Verbrechens angesehen. Wegen dieses Verhältnisses gegen seinen Obern, kann die Strafe des ersteren zwar gemindert, aber nicht erlassen werden.“

§. 47.

3) Vis compulsiva. Man hat diese mit der in §. 43 sub 3 besprochenen vis absoluta auf gleiche Stufe stellen wollen, verleitet durch den Gedanken, daß Zwang und Freiheit einander ausschließen. Allerdings kann der durch die Drohung erzeugte Seelenzustand derartig gesteigert werden, daß der Geängstete gar nicht mehr weiß, was er thut, also wirklich bewußtlos ist, und wenn die von ihm jetzt entwickelte Thätigkeit dem Willen des Zwingenden entspricht, so werden wir hier freilich nicht sagen können, der Gezwungene habe „gehandelt", als Urheber dessen, was geschehen, nehmen wir vielmehr einzig nur den Zwingenden an. Wo aber der gedachte Fall nicht vorliegt, wird der in L. 21 §. 5 D. 4. 2 ausgesprochene Satz: „coactus voluit" zur Anwendung kommen müssen, d. h. der Gezwungene ist, weil er keineswegs unfrei gehandelt hat, als physischer Urheber anzusehen. Dem Bedrohten hat ja nicht die Fähigkeit gemangelt, unter mehreren Entschlüssen eine Wahl zu treffen, er konnte, was der Drohende verlangte, thun, oder er konnte es unterlassen und das gedrohte Uebel dulden, oder aber er konnte versuchen, das letztere abzuwehren. — Eine andere Frage ist, wie der durch Drohung Angestiftete zu bestrafen sei, und die hierauf zu gebende Antwort wird sich nach der Entscheidung der weiteren Frage gestalten, ob metus, qui in constantem virum potest cadere, vorliege [1]).

1) Aber man darf nicht mit Henke a. A. sagen, die Furcht müsse eine gerechte gewesen sein, um Anstiftung anzunehmen, es ist genug, wenn der Thäter wirklich in Folge der Drohung handelte. Denn die Forderung einer gerechten Furcht (metus, qui in constantem cadere potest) ist eben nur ein Beispiel der irrigen Causalitätstheorie. Vergl. §. 41. S. auch v. Savigny, System des röm. Rechts Bd. 3 S. 110. Berner a. a. O. S. 283. 284. Bar, Theile und Vers. S. 44.

§. 48.

4) Die Bitte ist ohne Zweifel ein Mittel der Anstiftung [1]). Sie erscheint wie der Befehl als eine Art des Mandats, nur daß der mandans hier dem Mandatar über-, dort untergeordnet ist. Darum ist der Befehl geeignet, die Strafbarkeit des Mandanten zu erhöhen, die des Mandatars zu verringern, beziehungsweise aufzuheben, während die Bitte letzteres nicht vermag, dagegen aber des intellectuellen Urhebers Strafbarkeit vermindern kann.

§. 49.

5) Absichtliche Erregung oder Benutzung eines Irrthums ist nicht selten ein Mittel der Anstiftung (sofern der Irrthum nicht die Zurechnung aufhebt, vgl. oben §. 43, 2), indem Jemand mittelst der falschen Vorstellung zur Begehung eines dolosen Verbrechens veranlaßt wird. Solches kann z. B. in der Weise geschehen, daß A durch wahrheitswidrige Angaben den Zorn des B reizt, in Folge dessen letzterer eine Mißhandlung des C, auf die es A abgesehen hatte, begeht — oder A den B glauben macht, C sei der D, auf den B einen Groll hat und dem er dieserhalb eine Züchtigung zukommen lassen will [1]).

§. 50.

6) Lob und Beifall können als intellectuelle Beihülfe, aber auch als Mittel der Anstiftung vorkommen. Letzteres

1) Stübel, Theile S. 78: „Es läßt sich recht wohl denken, daß Jemand einen nahen Verwandten oder Freund bittet, für ihn ein falsches Zeugniß abzulegen, und dieser aus Freundschaft und Zuneigung dazu bewogen wird. Ich weiß mich des Falls zu erinnern, daß eine Frau in ihren Ehemann mit Bitten, in dem Hause einer Person, welche sie beleidigt hatte, Feuer anzulegen, so lange gedrungen war, bis dieser sich dazu verstanden hatte. Beide wurden mit dem Tode bestraft."

1) Köstlin, System S. 310, Hälschner a. a. O. S. 349.

leuchtet besonders ein, wenn man sich vorstellt, daß Jemand, den ein Anderer anstiften will, auf dessen Urtheil überhaupt viel Gewicht legt, oder einer die Verübung eines Verbrechens von dem Beifall eines Andern abhängig gemacht hat.

§. 51.

7) Der Rath wurde schon von den Italienern [1]) und ward bei uns von jeher bis gegenwärtig [2]) unter die Mittel der Anstiftung gezählt. So lehrt Henke [3]): zwar werde in den meisten Fällen der Rathende nur als Gehülfe erscheinen, indeß gebe es auch Fälle, in denen selbst ein ohne fremdes Zuthun entstandener verbrecherischer Gedanke durch eines Andern Zureden, durch Darstellung der Vortheile des Verbrechens,

1) Die Italiener nennen den Urheber „principalis". Von der Thätigkeit des Urhebers unterscheiden sie consilium, mandatum und auxilium. Consilium umfaßt jede Art der intellectuellen Einwirkung auf den Urheber, soweit sie nicht in einem wirklichen Mandate besteht. In Ansehung des Unterschiedes beider bemerkt Farinacius: „Differt praecipue consilium a mandato, quia consilium respicit gratiam et utilitatem delinquentis et illius, cui datur consilium; mandatum vero non respicit gratiam seu utilitatem delinquentis et mandatarii, sed mandantis." Hierdurch wird angedeutet, daß man zu unterscheiden habe, ob der intellectuell Thätige eine eigene Absicht durchsetzen wollte, oder eine fremde unterstützen, daher es auch heißt „plus delinquit mandans quam consulens". Aber wir dürfen daraus nicht schließen, daß mandatum stets nur Anstiftung gewesen, consilium immer nur als Beihülfe behandelt sei, denn man unterschied ein consilium alias non facturo datum, welches mit der vollen Strafe belegt, und ein „consilium alias facturo datum", welches als Beihülfe betrachtet und mit außerordentlicher Strafe belegt wird. Köstlin, System S. 302 stellt die Sache anders dar, s. aber dagegen Hälschner a. a. O. S. 342 und was Köstlin selbst S. 303 Not. 2, S. 311, S. 305 sagt (wonach „man ein einem alias facturus ertheiltes Mandat als bloßes consilium [d. h. Beihülfe] behandelte").

2) John, Strafrecht zur Zeit der Rechtsbücher §. 18.

3) Handb. Bd. 1 S. 270 ff.

durch Verkleinerung der mit seiner Begehung verbundenen Schwierigkeiten und Gefahr, durch die Angabe der zur Ausführung tauglichsten Mittel erst gereift und zu einem festen Entschlusse erhoben werde. Durch Handlungen dieser Art, welche die römischen Juristen durch persuadere, impellere, instruere consilio bezeichnen, werde man geistiger Schöpfer der That, vorausgesetzt, daß man nicht bloß überhaupt[4]) zur Begehung unbestimmter Verbrechen gerathen, sondern auch die Mittel der Ausführung angegeben habe und diese ohne solche Angabe nicht möglich gewesen sei. Dagegen hat Berner[5]) eingewandt, daß diese Ansicht auf der Theorie der objectiven Causalität beruhe, mit welcher die ganz unrichtige Forderung einer Angabe der Mittel und deren gedachter Beschaffenheit zusammenhänge. Ohnehin seien Ueberreden und Antreiben keine species des Raths. Wer einen Andern zu überreden trachte, wolle diesen nicht selbstständig sich entscheiden lassen, er bringe eine eigene Ansicht mit, er wolle den Andern nicht durch Gründe bestimmen, etwas zu glauben oder zu thun. Ebendasselbe wolle in der Regel auch der Antreibende. Sei aber der Rath nur Mittheilung einer Ansicht, nicht einer Absicht, wiewohl er einer Absicht dienen wolle, so greife er nicht als Gattungsbegriff über das impellere oder persuadere, erschöpfe seine Bedeutung schon vollkommen in dem instruere consilio, ja auch letzteres eröffne ihm schon ein zu weites Gebiet, denn unter consilium haben die Römer auch die Absicht verstanden. Eine intellectuelle Urheberschaft durch Rath gebe es also nicht, obgleich allerdings letztere sich in die Form

---

4) Es würde also z. B. nicht genügen, wenn A dem ihm seine mißlichen Geldverhältnisse klagenden B den Rath ertheile zu stehlen, da es reiche Leute genug gebe, sondern es müßte ein bestimmter Diebstahl, z. B. durch Einbruch bei X, angerathen sein.

5) a. a. O. S. 286.

des Raths legen, z. B. „ich rathe dir", eine Drohung sein, mithin etwas wie Rath aussehen könne, was doch eine wahre intellectuelle Urheberschaft begründe. Wo die intellectuelle Urheberschaft die Form des Raths umwerfe, um weniger strafbar zu erscheinen, liege ein simulirtes Geschäft vor, welches kein wirklicher Rath genannt werden dürfe.

Manches in dieser Argumentation muß zugegeben werden, ganz besonders der erste und letzte Theil, dennoch kann man Berner in der Hauptsache nicht beitreten. Die Römer haben, wie L. 51 §. 3 D. de furt. zeigt, ganz gewiß den Rath als Anstiftungsmittel betrachtet [6]), es wird m. E. hier der Fall so gedacht, daß der Rathende die Absicht hatte, einen noch nicht Entschlossenen zum Diebstahl zu bestimmen, das ergiebt die Zusammenstellung mit persuadere und impellere. Darauf wird man aber gerade zu sehen haben, ob der Rathende den animus der Erzeugung oder der bloßen Unterstützung des Verbrechens hatte [7]).

---

6) „Consilium dare videtur, qui persuadet, et impellit, atque instruit consilio ad furtum faciendum."

7) Köstlin, System S. 311, Luden, Handb. S. 456 sprechen dasselbe aus mit Rücksicht auf unsere neuen Strafgesetzbücher. Nach dem Systeme dieser sei zu unterscheiden, ob durch die intellectuelle Handlung der Entschluß zum Verbrechen in einem Andern hervorgerufen oder der von diesem bereits gefaßte Entschluß nur unterstützt werden sollte, im ersten Falle werde Urheberschaft begangen. Der Sprachgebrauch habe für die einzelnen intellectuellen Handlungen nicht einen so bestimmten Ausdruck, um durch ihn allein eine Handlung als zur Urheberschaft gehörig oder nicht gehörig zu bezeichnen. Solle aber einmal in der angegebenen Weise zwischen den intellectuellen Handlungen unterschieden werden, so könne dieses nicht geschehen nach der Form der Handlung oder der von ihr hergenommenen Bezeichnung derselben, sondern nur nach der Absicht des Handelnden, ob der verbrecherische Entschluß in dem Andern hervorgerufen oder der bereits gefaßte nur unterstützt werden sollte.

§. 52.

Auch das Aussprechen eines Wunsches wird von den meisten Criminalisten mit Recht als ein Mittel der Anstiftung angesehen [1]). Für das Gegentheil entscheidet sich Berner [2]), denn die Willensbewegung, die in dieser Form liege, sei so zu sagen eine taube, der noch keine Tendenz innewohne. Indeß in dem, was Berner weiter beifügt und was er beispielsweise anführt, ist m. E. das Gegentheil enthalten, und in allen Fällen wird Anstiftung angenommen werden müssen, wo den concreten Umständen nach am animus instigandi dessen, der seinen Wunsch äußert, nicht zu zweifeln ist.

§. 53.

Anstiftung ist nicht schon an sich strafbar, sondern wird es erst, wenn der Angestiftete wenigstens eine strafbare Versuchshandlung vorgenommen hat. Bis dahin ist des Anstifters Thätigkeit eine bloße Vorbereitungshandlung, die nicht in das Gebiet der strafrechtlichen Reaction fällt [1]). Sie kann als Act der Ausführung des Verbrechens nicht betrachtet werden, denn letztere nimmt erst da ihren Anfang, wo Etwas begonnen worden ist, was als wirklicher Bestandtheil der im Gesetze bedrohten That angesehen werden kann, wenn also mit der Gesetzübertretung selbst schon der Anfang gemacht ist. Auch von Anwendung eines Mittels, durch welches der Anstifter das Verbrechen begehen will, kann noch keine Rede sein, er bemüht sich nur erst, sich ein Mittel zu verschaffen. Es ist nämlich

---

1) Vergl. Köstlin, Syst. §. 97.

2) Berner a. a. O. S. 288.

1) Wer sich hiergegen auf die Gefährlichkeit der Handlung berufen wollte, würde den polizeilichen Gesichtspunkt mit dem criminellen verwechseln.

wohl zu beachten, daß das von ihm ausersehene Mittel eine freie Persönlichkeit [2]) ist, und es noch immer bei ihr steht, ob sie den Willen des Anstifters objectiviren will oder nicht, daher sie zur Zeit noch gar nicht ein wirkliches Mittel, sondern höchstens ein mögliches genannt werden darf. Selbst mit der erhaltenen Zusage des zum Ausführen des Verbrechens Ausersehenen hat der Anstifter noch kein Mittel, über welches er verfügen, welches er anwenden könnte [3]). Und selbst wenn wir das Gegentheil annehmen wollten, wären wir noch immer nicht befugt, von einem strafbaren Versuche zu reden, denn das bloße Herbeischaffen oder Zubereiten von Mitteln ist nur eine straflose Vorbereitung [4]). Die Anwendung des Mittels liegt überhaupt nicht in der Macht des Anstifters, weil es eben in einem freien Subjecte besteht. Sie tritt allemal mit Nothwendigkeit ein, sobald der Angestiftete reeller Repräsentant des Anstifters geworden ist. Mit dem Augenblicke nämlich, in welchem des Angestifteten Thätigkeit beginnt, wird der Anstifter ganz von diesem abhängig, indem er völlig dessen Discretion überlassen ist, wird das Thun und Unterlassen desselben zu dem seinigen, beide stehen jetzt in einem Repräsentations-

---

2) Bar a. a. O. S. 44 geht noch weiter: „Der Handelnde (Anstifter), welcher die Freiheit des aufgeforderten Subjects anerkennt und anerkennen muß, macht selbst die Wirksamkeit seiner Aufforderung von einer freien Ursache abhängig, er bestimmt sich also erst dann endgültig, wenn letztere für das Verbrechen sich entscheidet" u. s. w.

3) Er befindet sich noch in keiner anderen Lage, als der zum Morden Entschlossene, der von einem Andern das Versprechen erhielt, ihm die Waffe leihen zu wollen.

4) Berner, Lehrb. §. 102 rechnet z. B. hierher das Laden des Mordgeschosses, Andere gehen noch weiter, worüber zu vgl. Geib Bd. 2 S. 300 (oben). Uebereinstimmend lautet die Paraphrase des Remus (Art. 178): „Si quis non extrinsecis tantum et remotis factis, ut apparatu telorum, veneni mali praeparatione" etc. S. auch Berner, Preuß. Str.-R. §. 10.

verhältnisse, sie erscheinen als eine Person. Daher kann man auch den Repräsentirten nicht einer Strafe unterziehen, wo der Repräsentant nicht bestraft wird, was erst dann würde der Fall sein können, wenn er zu einem eigentlichen Anfange der Ausführung geschritten wäre.

Daß das Röm. Recht die Anstiftung an sich noch nicht bestraft, habe ich bereits in §. 16 zu zeigen gesucht[5]). Anders ist es auch nicht in Ansehung des canonischen, wenigstens lassen sich keine Beweise dafür anführen, daß regelmäßig der Anstifter, wenn abseiten des Angestifteten gar nichts Strafbares vorgenommen wurde, mit Strafe zu belegen sei. Zwar kommen einzelne wenige Fälle des Gegentheils vor, z. B. c. 1 in VI. 5. 4:

„Invonetius IV in consilio generali Lugdunensi. — — — Sacri approbatione consilii statuimus, ut quicunque princeps, praelatus seu quaevis alia ecclesiastica saecularisve persona quempiam Christianorum per dictos assasinos interfici fecerit, vel etiam mandaverit (quamquam mors ex hoc forsitan non sequatur), aut eos receptaverit, vel defenderit, seu occultaverit, excommunicationis et depositionis a dignitate honore, ordine, officio et beneficio incurrat sententias ipso facto“ etc.

Indeß, liest man das ganze c. 1 cit. (dessen vollständigen Inhalt hier wiederzugeben der Raum verbietet), so wird man bald sich überzeugen, daß es dem Concil, gerade so wie dem Sulla bei seinem Gesetze gegen die siccarii, darum zu

---

5) Eine Ausnahme scheint zu liegen in L. 3 und 4 D. ad L. Jul. maj. In L. 3 werden verschiedene Handlungen als strafbar aufgeführt, und nun auch dessen erwähnt, „qui quid eorum, quae supra scripta sunt, facere curaverit.“ In Erwägung des in §. 16 Gesagten wird man aber doch wohl anzunehmen haben, daß beide Stellen voraussetzen, es sei eine der in der L. 3 bezeichneten Handlungen wirklich begangen.

thun war, einem immer mehr um sich greifenden, das Leben der Menschen gefährdenden Thun und Treiben durch ausdrückliche hierauf berechnete Anordnungen möglichst Einhalt zu thun, daher man Anstand nehmen wird, von dieser Bestimmung auf die Strafbarkeit nicht gelungener Anstiftung auch bei anderen Verbrechen zu schließen. Mit dieser Ansicht stimmt auch Zachariä [6]), welcher noch hervorhebt, daß in unserer Stelle nur von den kirchlichen Strafmitteln der Excommunication und Deposition die Rede, eine Abänderung der Grundsätze des bürgerlichen Strafrechts aber gar nicht beabsichtigt sei [7]).

§. 54.

Die sehr bestrittene Frage, ob der, welcher einen Andern anzustiften kam, auch dann für das Ganze, was der Andere begangen hat, verantwortlich sei,

6) Vers. Bd. 2 S. 139 und im N. Archiv von 1850 S. 280: „Cap. 1 de homic. in VIto (V. 5) sagt nur, daß der Tod in Folge des Mandats nicht eingetreten zu sein brauche" u. s. w. Vgl. auch Roßhirt im N. Archiv v. 1852 S. 391, welcher S. 386 ff. eine instructive Mittheilung aus den Schriften der Italiener macht, woraus sich ergiebt, daß das Princip der Straflosigkeit bloßer Anstiftung theoretisch von ihnen anerkannt war, die Legisten auf unser cap. 1 in VI. anfänglich gar keine Rücksicht nahmen und ihnen diese Stelle erst da anfing eine bedeutende und sogar willkommene zu sein, als sie sich in Verlegenheit befanden, weil sie den Rechtsgrund für die nach einigen statutarischen Bestimmungen auf die bloße Anstiftung, insonderheit zum Morde, gesetzte poena nicht anzugeben vermochten.

Unbegreiflich ist, wie Köstlin in seinem Syst. S. 324 Note 8, was die gründlichen Erörterungen Zachariä's und Roßhirt's enthalten, als „schal" bezeichnen mochte, während er in der Note zugleich zugiebt, das Gesagte sei „schal, wenn auch nicht ohne Wahrheit".

7) Denn es ist hier nur eine Entscheidung darüber gegeben, ob in dem gedachten Falle eine Irregularität entstehe, nur diese, nicht eine auf Bestrafung sich beziehende Frage wird bejahet. —

wenn dieser ein alias facturus war, d. h. aus sich selbst oder auf erfolgte Anstiftung durch einen Dritten die Ausführung des Verbrechens bereits beschlossen hatte, kann man weder im Allgemeinen bejahen, noch verneinen. Denn es ist möglich, daß durch die Thätigkeit des Anstifters die in dem Entschlossenen bereits vorhandenen Motive gar nicht verstärkt werden, ebenso möglich ist aber auch, daß die Motive, die den Anzustiftenden zwar bereits den Entschluß fassen ließen, ihren Einfluß verlieren, bevor derselbe zum Handeln kommt. Im ersten Falle sind die zu den bereits vorhandenen noch gelieferten Motive in Wirklichkeit gar keine solche, sie sind überflüssig, man kann nicht den, der sie beibrachte, den geistigen Schöpfer der That nennen, er ist also straflos [1]); im zweiten Falle dagegen, wo die anfänglichen Motive aufhören, zureichende zu sein, und es dennoch zu einem strafbaren Handeln kommt, muß den Anstifter Strafe treffen, denn durch die von ihm gelieferten Motive ist der physische Agent zur Thätigkeit fortgeführt [2]).

---

1) Bar a. a. O. S. 55 setzt hierzu folgendes Beispiel: A, von Gläubigern mit Wechselhaft bedroht, entschließt sich zur Unterschlagung einer ihm anvertrauten Summe, B, weder mit diesem Entschlusse, noch mit den Vermögensverhältnissen des A bekannt, macht ihm den Vorschlag, jene Summe zu unterschlagen, um sich mit derselben an einer Actiengesellschaft zu betheiligen, eine Proposition, die auf den A, der nur aus Noth die Gelder angreifen will, nicht den mindesten Eindruck macht. Dieser bezahlt, als der Executor kommt, mit der unterschlagenen Summe.

2) Bar a. a. O. S. 55. — A, von B in einem vor längerer Zeit errichteten Testamente zum Erben eingesetzt, befürchtet eine ihm nachtheilige Abänderung desselben, und entschließt sich daher, vor Ausführung der letzteren den Testator aus der Welt zu schaffen; C, mit dem gedachten Interesse des A unbekannt, aber ebenfalls den Tod des B wünschend, bietet dem A eine Summe Geldes, wenn er B aus dem Wege räume, und A nimmt, auf den doppelten Nutzen hoffend, den Antrag des C an, ohne seines früheren Planes zu erwähnen. Kurz vor Ausführung des Verbrechens erfährt A, daß B das Testament bereits geändert und statt

In dem Falle, wo Jemand einen alias jam facturus anstiften will, einen Versuch anzunehmen, ist ganz verkehrt. Man hat dafür angeführt, der Befehlende, der Mandant könne nie anders als der Urheber gedacht werden, d. h. als solcher, der sich selbst als Zweck setze, was ja eben darin am deutlichsten liege, daß er einen Andern zu seinem Mittel machen wolle. Treffe er nun mit seiner Thätigkeit auf einen bereits Entschlossenen, so sei sein Thun ein Versuch geblieben, weil in dem Kreise der äußeren Bedingungen Etwas (das Fürsichselbstentschlossensein des Andern) eingetreten, was bewirke, daß die Handlung als Product des Mandanten nicht zur Existenz komme [3]). Diese Argumentation hat sich also die Thätigkeit dessen, der anstiften wollte, gar nicht als die des Anstiftenden gedacht, mithin kann sie doch auch nicht sagen, der erstere sei bis zum realen Anfange der Ausführung, d. h. bis zum Versuche vorgeschritten.

Fragen wir schließlich, ob das fremde recipirte Recht über die Anstiftung eines alias jam facturus dienliche Aussprüche enthält, so wird die Antwort nur verneinend ausfallen. Aus L. 1 §. 4 D. de servo corrupto zu folgern, daß die Römer die Anstifter stets strafen, mag der Anzustiftende bereits für sich entschlossen sein oder nicht, halte ich für bedenklich, weil diese Stelle ganz vereinzelt steht, den Fall eines Privatdelicts (§. 14) betrifft und die Rücksicht auf ein besonderes, bei uns ohnehin nicht mehr vorkommendes Verhältniß von Einfluß auf ihren Inhalt gewesen sein mag. Zudem begegnet man einer Aeußerung des Ulpian, die von

---

seiner den X eingesetzt habe; A hat jetzt das anfängliche Interesse am Tode des B nicht mehr, tödtet er ihn jetzt dennoch, so ist die Aufforderung des C bewegendes Princip in seiner Handlung, C ist geistiger Schöpfer der That.

3) Köstlin, Rev. Bd. 1 S. 484.

einem entgegengesetzten Principe auszugehen scheint. In L. 11 §. 6 D. 47. 10 heißt es: „Atilicinus ait, et si persuaserim alicui alias nolenti, ut mihi ad injuriam faciendam obediret, posse injuriarum mecum agi,“ woraus man per argumentum a contrario zu folgern gesucht hat, daß, wenn der Andere ohnehin schon wollte, mich keine Strafe treffe. Sollte nun bei unserem Juristen dieser Gedanke im Hintergrunde gelegen haben, so wird derselbe doch wohl nur auf den Fall, wo die Motive des Injurianten, abgesehen von den Ueberredungskünsten, schon zur Begehung des Delicts hinreichten und hinreichend blieben, beschränkt gewesen sein. Die Stelle gehört überhaupt zu den rücksichtlich der Interpretation bestrittensten [4]), daher ich sie als eine entscheidende nicht ansehen mag.

§. 55.

Viele Schwierigkeiten haben von jeher den Criminalisten die Fälle der s. g. Excesse [1]) des Angestifteten gemacht. Es sind aber hier lediglich die allgemeinen Grundsätze der Imputationslehre maßgebend, läßt man diesen Gesichtspunkt fallen, so muß man nothwendig in eine ganz unzureichende und unheilvolle Casuistik gerathen, wie sie sich in den neueren Gesetzbüchern [2]) findet.

Was der physische Urheber ohne Auftrag (i. w. S.) gethan hat, erscheint hinsichtlich des Anstifters

4) Vgl. hierüber Martin, Lehrb. §. 80 Note 6. Wächter, Lehrb. §. 89 Note 79. Luden, Abh. Bd. 1 S. 296. Zachariä, Vers. Bd. 2 S. 112.

1) Der Ausdruck paßt nicht überall.

2) Man hat bald diesen, bald jenen Fall herausgegriffen und mit mehr oder weniger Geschick entschieden. Z. B. Hannover Art. 54. 55. Baden §. 121. Thüringen Art. 34. Das Preußische Str.-G.-B. schweigt über Excesse des Angestifteten und überläßt also deren Beurtheilung der Doctrin. Hälschner a. a. O. S. 357.

I. entweder als casus,

II. oder es wird ihm zum dolus,

III. oder wenigstens zur culpa anzurechnen sein.

Ad I. Hierher gehört zunächst

1. der Fall, wo der physische Urheber aus eigener Bewegung ein Mehreres that, als der Anstifter beabsichtigte [3]. Denn offenbar kann Jemanden nicht angerechnet werden, was er gar nicht angestiftet hat;

2. sodann der Fall, wo der physische Urheber ein qualitativ anderes, als das ihm angesonnene Verbrechen beging, mag nun dieses ein schwereres oder ein leichteres sein; denn zu diesem hat er sich ja ganz aus sich selbst bestimmt, ist nicht durch den, der ihm ein ganz anderes aufgab, dazu veranlaßt worden [4]), Anstiftung liegt also hier keine vor, oder man müßte schon eine culpose annehmen, was nach §. 42 unzulässig ist.

3. Ferner kann der Anstifter für den Erfolg der Thätigkeit des Angestifteten da nicht verantwortlich sein, wo der Erfolg auch für den letzteren ein rein zufälliger ist. (Vgl. ad III.)

---

3) Hälschner a. a. O. S. 355.

4) Anders, wenn das begangene und das dem Thäter angesonnene Verbrechen unter denselben Gattungsbegriff fallen. Wenn z. B. X dem Y auftrug, dem Z 100 zu stehlen, Y diese aber dadurch anschafft, daß er den Z um 100 betrügt — oder wenn Y 100, die er dem Z rauben sollte, stiehlt, so ist X für den Betrug, resp. für den Diebstahl, vollkommen verantwortlich, denn beide fallen, wie die gedachten, dem Y angesonnenen Verbrechen, unter den gemeinschaftlichen Gattungsbegriff „Entziehung fremden Eigenthums". Dagegen würde ein von Y anstatt des ihm von X aufgetragenen Diebstahls verübter Raub der 100 dem X nicht zu imputiren sein, denn das Allgemeine (Entziehung fremden Eigenthums) schließt freilich das Geringere (den Diebstahl) in sich, aber wir haben es im Falle des Raubens mit einem Mehr zu thun, die angewandte Gewalt gegen die Person des Z ist es, welche dergleichen Behandlung entgegensteht (Berner a. a. O. S. 295).

Ad II. Dagegen ist dem Anstifter zum dolus zuzurechnen

1. jede That, welche als Mittel zur Ausführung des Verbrechens nothwendig war,

2. jedes Verbrechen, welches als unvermeidliche Folge aus der beabsichtigten Missethat entstand, falls dem Anstifter Nothwendigkeit des Mittels, bezw. Unvermeidlichkeit der Folge bekannt war.

Ad III. Entspricht des Angestifteten Thätigkeit völlig des Anstifters Absicht, so muß letzterem auch als culpa imputirt werden, was er, wenngleich nicht gewollt, doch als Folge seiner Einwirkung voraussehen konnte oder mußte [5]).

Beides (das ad II wie das ad III Behauptete) folgt ganz natürlich daraus, daß sich der Anstifter mit dem Anfange der Ausführung des Verbrechens abseiten des Angestifteten dessen Discretion übergeben, dessen Thun und Lassen zu dem seinigen gemacht hat. Wenn daher der Mandant, der Befehlende u. s. w. weder Zeit noch Art und Weise der Ausführung eines bestimmten, dem Angestifteten angesonnenen Verbrechens angegeben, sondern letzterer diese selbst gewählt hat, so trifft auch

---

5) Köstlin, Rev. S. 560. Dagegen kann nicht eingewandt werden, daß es keine culpose Anstiftung gebe, denn von einer solchen ist hier gar keine Rede, sondern von einer dolosen, an welche sich eine zum Versehen zu imputirende (nicht zufällige) Folge schließt.

Dieses Princip erkennt auch das canonische Recht an (vgl. c. 3 in VI. 5. 4), mit dem ein Rechtsspruch des Brünner Schöffenbuchs (Nr. 372) fast wörtlich übereinstimmt. Wenn übrigens in diesen Stellen ganz allgemein ausgesprochen zu sein scheint, es komme dem Anstifter nicht zu Statten, daß er ausdrücklich bevorwortete, der Angestiftete solle es nicht dahin kommen lassen, daß der schlimmere Erfolg entstehe, so kann ich mich dem nicht ganz anschließen, es wird vielmehr darauf ankommen, ob dergleichen Limitationen mit der Natur der angesonnenen Handlung in Widerspruch stehen oder nicht, ersterenfalls können sie natürlich gar nichts zu Gunsten des Anstifters releviren (Berner, Theiln. S. 302: „Die reale Natur der Dinge und der Begriffe läßt nicht mit sich handeln").

den Anstifter die vom physischen Urheber verwirkte Strafe. Z. B. A hat dem B befohlen, an des C Gebäude Feuer zu legen und es einzuäschern, und B vollzieht den Befehl zu einer Zeit, wo sich das Feuer leicht verbreiten kann oder unter Umständen, wobei augenscheinlich ein Menschenleben gefährdet war — oder B verübt den ihm von A aufgetragenen Diebstahl zur Zeit einer Feuersbrunst oder mittelst Einbruchs, so muß nicht bloß den B, sondern auch den A die härtere Strafe treffen, denn er überließ das Wann und Wie der Ausführung des Verbrechens dem reinen Ermessen des B, der ihn völlig repräsentirte.

§. 56.

Viel Streit ist über die Frage: welchen Einfluß der Ablauf der Zeit auf des Anstifters Strafbarkeit habe. Manche [1]) sind mit Recht der Ansicht, daß es ihm nicht zu Statten komme, wenn von der Anstiftungshandlung (dem Befehle, Mandate) bis zur Ausführung eine längere, ja selbst so lange Zeit verstreiche, daß sich jener seiner Handlung gar nicht mehr erinnere. Denn einestheils ist eine stillschweigende Revocation [2]) des Mandats u. s. w. nicht anzunehmen, anderentheils läßt sich gewiß nicht behaupten, daß der bloße Zeitablauf auf die Wirksamkeit einer Anstiftungshandlung einen vernichtenden Einfluß äußere. Ist der durch intellectuelle Einwirkung des A in dem B hervorgerufene Beschluß nach, wenn auch noch so langer Zeit zur That geworden, so ist der erstere gewiß noch immer geistiger Schöpfer der letzteren zu nennen [3]). Was Abegg hierwider im N. Archiv

1) Berner a. a. O. S. 304. 305. Stübel a. a. O. S. 115. Kitka a. a. O. S. 49. Köstlin, Syst. 331.

2) Vgl. über Revocation überhaupt §. 59.

3) Ist der Entschluß des physischen Urhebers als Product der in=

Jahrg. 1841 S. 392 ff. eingewandt hat, dürfte nicht in Betracht kommen, weil in den angeführten Fällen nicht sowohl der Zeitablauf, als vielmehr die während desselben eingetretene Veränderung der Umstände den von Abegg angenommenen Einfluß auf die Strafbarkeit des Anstifters äußern würde.

Man hat gemeint, daß die für die Verjährung des Verbrechens bestimmte Zeit von Beendigung der Anstiftungshandlung an zu berechnen sei. Wenn also z. B. X dem Y am 1. Mai 1848 ein in fünf Jahren verjährendes Verbrechen auftrug, welches Y am 1. Mai 1850 ausführte, so würde für X schon am 1. Mai 1853 und nicht, wie für Y, erst am 1. Mai 1855 Verjährung eingetreten sein. Allein diese Ansicht ist entschieden unrichtig [4]). Denn nach dem, was in §. 53 ausgeführt wurde, wird die intellectuelle Urheberschaft nicht schon mit der Beendigung der Anstiftungshandlung, sondern erst durch die wirkliche (oder wenigstens versuchte) Ausführung des Verbrechens abseiten des physischen Urhebers vollendet, was dieser bis dahin that, ist auch als That des Anstifters anzusehen und mit dem letzten Acte der Ausführungshandlung beginnt doch immer erst die Verjährung zu laufen.

§. 57.

Welche Strafe trifft den intellectuellen, welche den physischen Urheber?

Die älteren Juristen meinten, der erstere sei stets strafbarer, weil er sich selbst und dazu noch einen Andern zum Verbrecher

---

tellectuellen Einwirkung anzusehen, so ist auch die dem Entschlusse entsprechende Handlung selbst nach noch so vielen Jahren, die zwischen jener und dieser liegen, als Handlung des intellectuell Einwirkenden zu betrachten.

4) Geib a. a. O. Bd. 2 S. 347. Berner a. a. O. S. 305 (aber mit anderer Begründung).

mache [1]); das Umgekehrte fand ebenfalls seine Vertheidiger, die sich, wie jene ersteren, von mehr oder weniger dem Gebiete der Moral angehörenden, jedenfalls unrichtigen Gründen verleiten ließen, das wahre thatsächliche Verhältniß völlig zu ignoriren [2]). Wenn nämlich der Anstifter selbst das Verbrechen will und zu dem Ende in dem Angestifteten ein Mittel in Bewegung setzt, so muß er doch offenbar für das, was er auf diese Weise bewirkt hat, verantwortlich gehalten werden. Da die intellectuelle Einwirkung Grund dessen ist, was den Grund der Existenz des Verbrochenen (sei dieses eine vollendete Missethat oder ein Versuch derselben) ausmacht, so ist sie eben deshalb auch Grund des letzteren. Man kann mit vollem Rechte sagen, der Anstifter habe das, was vorliegt, begangen. Hätte er dazu eine Naturkraft als Mittel gewählt (z. B. Feuer), würde es Niemandem einfallen, dieses zu bestreiten, auch dann nicht, wenn er ein zwar an sich taugliches, gleichwohl solches Mittel verwandte, von dem es noch ungewiß war, ob es in concreto die erwartete Wirkung hervorbringen werde. Daß er statt dessen eine freie Persönlichkeit wählte, berechtigt uns

1) Hierzu mögen Aussprüche des canonischen Rechts (c. 5 C. 22 qu. 5. c. 23 C. 33 qu. 3), deren schon oben einige angeführt wurden, beigetragen haben.

2) Feuerbach (Revision II. 254), Salchow (Lehre von Strafen I. 229) u. A. wollen den Anstifter härter strafen, Mittermaier (Arch. Bd. 3 S. 147 ff.) behauptet das gerade Gegentheil. Erstere gehen von dem überhaupt unhaltbaren Gesichtspunkte objectiver Causalität aus, auf welchem wiederum merkwürdiger Weise Luden, Abh. II S. 367 ff. das Umgekehrte annimmt; Mittermaier verwechselt theils Strafzumessungsgründe mit dem, worauf es dem im Texte Gesagten nach allein ankommt (vergl. auch die folgende Note), anderntheils begeht er den Fehler, die Handlung des physischen Agenten als etwas für den intellectuellen Zufälliges anzusehen, zu geschweigen, daß er die Thätigkeit des letzteren einen Versuch nennt, was ich wohl nicht weiter zu widerlegen brauche. (S. aber Mittermaier im Arch. Bd. 8 S. 142. Bd. 14 S. 453.)

nicht, zu sagen, das jetzt Bewirkte sei etwas Zufälliges, denn indem er sich der Discretion des freien Subjects ergab, hören dessen an und für sich als zufällige erscheinende Handlungen für ihn auf, zufällige zu sein. Ist nun allem Gesagten nach die von dem physischen Agenten vorgenommene Handlung so aufzufassen, als habe der intellectuelle Urheber sie unmittelbar selbst vorgenommen, und muß andererseits der physische Agent in der That Urheber des von ihm verübten Verbrechens genannt werden, obgleich der erste Impuls dazu nicht aus ihm selbst kam, so versteht sich ganz unzweifelhaft, daß Beide diejenige Strafe trifft, welche auf die Vollendung, resp. den Versuch des fraglichen Verbrechens gesetzt ist. Dabei ist aber durchaus nicht ausgeschlossen, daß innerhalb des bestehenden Strafrahmens dem intellectuellen oder dem physischen Urheber eine härtere oder gelindere Beurtheilung zu Theil werde, falls in der Person des Einen Strafmehrungs- oder Strafminderungsgründe vorliegen, welche in der Person des Andern nicht vorkommen [3]). Jeder von ihnen will zwar ein und

3) Wenn z. B. der physische Urheber Schwierigkeiten zu überwinden hatte, welche sich dem intellectuellen nicht entgegenstellten, oder wenn ersterer sich durch besondere Gründe von der That hätte abhalten lassen sollen, die für den Andern nicht vorlagen, wird jener innerhalb des bestehenden Strafrahmens härter zu behandeln sein, als dieser. Ob solche Hindernisse resp. Gründe vorhanden waren, ist quaestio facti, und man darf durchaus nicht mit Mittermaier annehmen, dem physischen Urheber stellen sich stets mehr Hindernisse und Gründe in den Weg, es verrathe immer mehr bösen Willen, wenn er trotzdem das Verbrechen begehe. Denn es kann auch sehr wohl der Fall sein, daß Gründe nur dem intellectuellen Urheber bekannt sind oder nur bei ihm zutreffen, deren wegen er von dem Verbrechen, welches er ja trotzdem will und ausführen läßt, hätte Abstand nehmen sollen, und wer wird denn leugnen, daß auch seine Anstiftung auf größeren Widerstand stoßen kann, welcher Praktiker wird zugeben, daß der Bestimmte „überall" beweiset, er sei „zum Verbrechen leicht zu bringen gewesen", wie Mittermaier meint!

dasselbe Verbrechen, jeder will aber doch die Handlung immer als seine eigene. Jeder steht nur für sein Eigenes ein, auch der intellectuelle Urheber für die Handlung des physischen nur insoweit, als er sein Eigenes darin erkennt. Stiftet der Sohn einen Fremden zur Tödtung des Vaters an, so ist das Vorliegende für den intellectuellen Urheber Vatermord, für den physischen gemeiner Mord [4]). Wer einen Mörder für Geld dingt, begeht selbst einen einfachen Mord, während der physische Urheber sich eines Lohnmordes schuldig macht. Nach dem Satze, daß jede Art der Urheberschaft selbstständige Beurtheilung verlangt, wird auch die Frage, ob den intellectuellen Urheber erhöhte Strafe treffe, wenn der physische ein rückfälliger Verbrecher ist, zu verneinen sein.

§. 58.

Meine aufgestellten Behauptungen finden im Allgemeinen und Wesentlichen durch unsere gemeinrechtlichen Quellen vielfache Bestätigung.

1) Das römische Recht behandelt Thäter und Anstifter regelmäßig gleich, in Ansehung der dem Befehle eines Gewalthabers gehorchenden Personen bestimmt es, daß die Strafe gelinder sein soll [1]). Hierbei liegt der Gedanke zu Grunde, daß dem Gehorchenden seine gedrängte Lage zu Gute gerechnet werden müsse, ein Satz, dem bei uns in der Lehre von der subjectiven Strafbarkeit ebenfalls ausgedehnte Rechnung getragen wird [2]).

4) Beisp. in Demme's Annalen S. 332 ff.

1) Mathaeus, l. c. proleg. c. I. 13. Zachariae, Vers. Bd. 2 S. 115. L. 8 C. ad L. Jul. de vi publ. L. 2 C. de sepulcro viol.

2) Bauer, Strafr. §. 96 III. B. Eine gleiche Entscheidung, wie die in der Not. 1 citirten Stellen enthalten, findet sich in c. 1 C. 22 qu. 5. Der Knecht, der auf des Herrn Befehl falsch geschworen hat, wird zu geringerer Buße verurtheilt als der anstiftende Gebieter.

II) Dem cononischen Recht ist das richtige Princip nicht fremd, wenn auch nicht immer streng daran festgehalten[3]). In c. 4 C. 22 qu. 5 verfügt Papst Gelasius, daß der einen Meineid Schwörende und ebenso der, welcher ihn anstiftete, „quadraginta dies poeniteat in pane et aqua, et septem sequentes annos, et nunquam sit sine poenitentia“. Am meisten Gewicht lege ich aber auf die Entscheidung des tüchtigen Juristen Innocenz III. in dem schon zur Erörterung gekommenen c. 18 X. 5. 12. Danach soll der Regulardomherr, falls die von ihm zugefügte Wunde lethal war, als homicida behandelt werden und diesem ist derjenige Fall gleichgestellt, wo andere Personen, deren Schlägen der Tod zuzurechnen sein möchte, „ipsius“ (d. h. des Domherrn) „studio et consilio“ (anstiftenden Rath) vel mandato percusserint“.

III) Die italienischen Juristen stellen mit Bezug auf das Vorstehende den Grundsatz auf, daß der rathende Anstifter dem Thäter gleich zu behandeln sei. Diese Regel findet nach Farinacius ihre Anwendung auf persuadentes, inflammantes, instigantes, hortantes, incitantes et instruentes, „nam persuasio, inflammatio, instigatio, hortatio, instructio non differt a consilio“, alle Canonisten gebrauchen nach unsers Juristen Versicherung[4]) diese Worte promiscue, nur Clarus scheine eine ungerechtfertigte Ausnahme zu machen. Auf die Frage, wer als consulens anzusehen, wird eine Reihe

---

3) Theils hat man dem zu Anfang des vorigen §. angegebenen Gedanken doppelter Sünde, von welcher die Kirchenväter bei der Anstiftung reden, nachgegeben, theils ist man von bloßen Nützlichkeitsrücksichten, wie z. B. c. 4 X 5. 27 zeigt, geleitet worden, was bei dem Verfahren und der Denkungsweise der Kirchenregenten nicht auffallen kann. Vergl. z. B. c. 25 dist. 50, c. 1 dist. 44, c. 1 dist. 51, wonach die Italiener den Satz bildeten: causa minuendi poenam oritur ex multitudine delinquentium.

4) Farin. l. c. nr. 26.

von Handlungen aufgezählt[5]), denen wieder eine Anzahl anderer, in denen nicht gleiche Bestrafung des Anstifters und Thäters stattfinden soll[6]), folgt. Unter letzterem befindet sich auch der, wo der Rathende consuluit alias jam facturo, wobei man sich auf c. 6 §. 3 X. 5. 12 und L. 11 §. 6 D. 47. 10[7]) beruft.

Beim Mandate gilt der Grundsatz, daß der Mandant ohne Unterschied, ob der mandatarius alias esset facturus oder nicht, gleiche Strafe wie der Letztere erleiden muß. Als Grund, weshalb hier der Unterschied nicht wie beim consilium gemacht wird, geben die einzelnen Juristen Verschiedenes an. Nach den Aeußerungen des Jul. Clarus haben zwar Manche auch hier unterscheiden wollen[8]), allein die gemeine Meinung seiner Zeit war dagegen, er führt auch ein Beispiel aus dem Jahre

5) Z. B. 1. Wenn Jemand delinquenti delicti utilitatem ostendit.

2. si quis communicatum sibi hom icidium futurum illud laudat, dicendo fore bene factum, aut quid simile.

3. si quis, qui volenti delinquere audita ejus voluntate respondit: expedias te cito, aliter factum non bene succedet, aut quid simile.

4. Besonders hervorgehoben wird ein Fall, der sich auf Cleriker bezieht. Der Geistliche, „qui consulendo delictum, quod si ipse commisisset, irregularitatem incurreret, irregularis efficitur, ac si deliquisset", was auch dann eintritt, wenn der clericus überhaupt eine res illicita gerathen hat und postea casu homicidium sequitur.

6) Z. B. „si consulit aliquem actum remotum a delicto", utputa „quando quis consulit, quod genus armorum esset aptius et magis nocivum ad occidendum, quis locus esset securior vel propinquior ad evadendum; quod facto delicto delinquens se trahat in ecclesia; quodsi occidet, facile veniam et pacem habebit ab heredibus occisi, aut similia".

7) Clarus l. c. §. fin. qu. 88 pr. nennt diesen Satz mit großer Bestimmtheit die Ansicht der Canonisten und Legisten, dennoch dachten Einige anders, wie Farinacius selbst mittheilt.

8) Noch eine andere Unterscheidung machten einige Italiener, jenachdem ein statutum puniens loquatur in personam (utputa; si

1558 an, in welchem ein gewisser Augustinus Marentius, der seinen Sohn mit Tödtung seiner Frau beauftragt hatte, enthauptet ward. Farinacius, der Ansicht des Clarus beistimmend, setzt hinzu: „ab ista sententia durum esse in judicando recedere stante auctoritate Senatus Mediolani, dixit Menochius ad cas. 352 nr. 14".

IV) Die alten Germanen haben meistens den Thäter härter als den Anstifter gestraft, indeß unbekannt war ihnen die gleiche oder eine nahe kommende Strafe in besonders motivirten Fällen wenigstens nicht. Die zeigt z. B. L. Sal. LVII 6 (über Leichenraub): „Auctor vero hujus sceleris, si ipse hoc fecit et comprobatus fuerit, vel alium ad istud faciendum locaverit, sol. CC. culpabilis judicetur." Luitprand. LXIII. „Si quis testimonium falsum contra quemcunque reddiderit, aut in charta falsa sciens manum posuerit, et ipsa fraus manifesta fuerit, componat vidrigilt suum medium regi, et medium ei, cujus causa fuerit, ... Et ipse, qui alium rogat testimonium falsum dicere aut pro causa sua manum in charta falsa ponere, sic componat, sicut testes ipsos falsos jussimus componere; pro eo, quod ipsum malum per ipsum fuit inchoatum".

Nach den Grundsätzen der Rechtsbücher war aber schon die Strafe des intellectuellen Urhebers dieselbe, die den physischen Urheber traf.

Schwabenspiegel, Art. 171. „Swer ein mensche darzu twinget daz er meines sweret, ist er schuldig an

---

si quis occiderit, si quis vulneraverit etc.), vel in rem, scilicet in ipsum maleficium (utputa: pro homicidio sit poena mortis). Im erstern Falle finde das statutum keine Anwendung auf den mandans, wohl aber im letzteren. Dagegen erzählt Clarus (l. c. qu. 89 nr. 2), viele der ältern Juristen hätten auch dann den mandans gestraft, wenn das statutum in personam loquatur.

dem eide? Wir sprechen also: si sint beide schuldig, vnd wirt einer vberredet dez meineides, alse hie vorgesprochen ist, wen sol si beide gelich buezzen.“ (S. auch Art. 226.)

Culmer Recht III. 51 (handelt von gestohlenem Heu): „Do der burger sich des vor willekorte vf synen houemann vnd vf sine Knechte. do sy des bekannten, daz her sy daz hew hette heyssen nemen, so welde her synes houbtes vnd synes lybes bestanden syn. vnde do sy des bekannten vor eyme vullen rate. do was her vorwunden. vnd man mochte obir yn gerichtet han. dywyle das sy in deme rate woren. Nu her abir von yn komen ist vnd sy in deme rate nicht en syn. wyl der alde rat adir der nuwe rat yn dorumme beschuldigen. vorsachet (leugnet) her ys, so mag her des unschuldig werden of den hilgen. Bekennet her is abir, so geet es ym an den hals adir an synen lyb vnd moget obir yn richten“. Ferner V. 32.

Auch die peinl. G.=O. hält an der Regel der gleichen Bestrafung des intellectuellen Urhebers und des physischen fest. Im Art. 107, welcher von Meineiden handelt, wird bestimmt: „Wer solch falsch schweren mit Wissen fürsetzlich vnd arglistiglich darzu anrichtet, der leidet gleiche Poen.“ Desgleichen finden wir den Grundsatz gleicher Strafe zwar im Allgemeinen, aber mit mehr oder weniger ausdrücklich hervorgehobenem Spielraum für das richterliche Ermessen in neuern Particulargesetzen [9]).

9) Indem z. B. Art. 53 des Hannov. Str.=G.=B. erklärt, daß der Anstifter als Urheber des vom Thäter begangenen Verbrechens anzusehen ist, wird dadurch keineswegs ausgesprochen, daß in allen Fällen die Strafe beider einander ganz gleich sein soll. Die Beachtung verschiedener persönlicher Verhältnisse entspricht vielmehr, wie Leonhard in seinem Commentare S. 242 richtig sagt, der Sache und liegt ganz consequent im Geiste der Hannov. Gesetzgebung, welche bei ihren Straffanctionen

§. 59.

Welchen Einfluß hat die Sinnesänderung des Anstifters auf dessen Strafbarkeit?

So sehr auch hier die Meinungen der Criminalisten aus einander gehen, kann doch zunächst als einstimmig angenommen, weil sich von selbst verstehend, bezeichnet werden, daß die Sinnesänderung, welche nicht äußerlich thätig wird, ebenso wie die, wenn auch nicht eine blos innere Handlung bleibende, gleichwohl erst als Rücktritt nach der Vollendung des Verbrechens erscheinende, ganz bedeutungslos für die Strafbarkeit des Anstifters sein muß.

Wenn dagegen der letztere dem Angestifteten von seiner Sinnesänderung re integra Nachricht giebt und das Verbrechen nun doch nicht unterbleibt, so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Kann die Ausführungshandlung noch als Folge der intellectuellen Einwirkung, als Folge einer in dem Angestifteten angeregten Leidenschaft, wie des Zornes, Rachgefühls oder irgend welches eigenen Interessen des Angestifteten angesehen werden, so wird dessen That dem Anstifter auch zuzurechnen sein. Denn derselbe hatte eine freie Persönlichkeit als Mittel des von ihm ursprünglich beabsichtigten Verbrechens gewählt, und wenn er jetzt dessen Wirksamkeit durch die Erklärung der Sinnesänderung nicht zu hemmen vermag, steht für ihn die Sache nicht anders, als wenn er eine seiner Disposition bereits entwachsene Naturkraft in Bewegung gesetzt (z. B. Feuer angelegt) hat und sich, solches bereuend, vergeblich bemüht, die Folgen seiner Handlungsweise zu verhindern. Das in dem

---

der Subjectivität der Verbrechen überhaupt Rechnung trägt. — Dasselbe gilt vom Preuß. Str.=G.=B., worüber z. vergl. Berner, Preuß. Str.=R. §. 36. 39.

Angestifteten angeregte selbstständige Interesse wird ja auch durch eine förmliche Erklärung des Rücktritts nicht afficirt; wollte man Straflosigkeit des Anstifters annehmen, so müßte man dasselbe eintreten lassen, wenn der Anstifter in Wahrheit seinen Sinn gar nicht geändert hat, das Verbrechen im Gegentheil nach wie vor will und nur, um Strafe von sich abzuwenden, oder in irgend welcher Nebenabsicht eine nichtssagende Erklärung seines Rücktritts abgiebt. Das Gesagte gilt auch für den Fall, wo der Anstifter nicht bei bloßem Widerruf stehen bleibt, sondern durch seinerseitige Thätigkeit, z. B. Anzeige bei der Obrigkeit [1]), bewirkt, daß die von dem Angestifteten begonnene Ausführung des Verbrechens, die bereits bis zum strafbaren Versuche vorschritt, wenigstens nicht vollendet wird [2]). Hier, wie von mehreren Criminalisten vorgeschlagen ist, den Anstifter mit Strafe zu verschonen, könnte, wenn man sich vom bloßen Gefühle leiten ließe, allenfalls zulässig erscheinen, wenn man dagegen bedenkt, daß den Angestifteten in solchen Fällen die Strafe des Versuchs treffen muß, und daß der Anstifter an und für sich ja auch für des Angestifteten strafbare Versuchshandlungen haftet, so wird man der juri-

1) Daß die bloße Denunciation den Anstifter von Strafe befreie, ist ein unrichtiger Gedanke. Wenn die Anzeige z. B. wegen Nachlässigkeit eines Beamten, oder wegen anderer zufälliger Gründe ihren Zweck (der Verhinderung eines Versuchs oder der Vollendung des Verbrechens) verfehlte, dürfte dieser Fall nicht verschieden sein von dem, in welchem der Anstifter sich vergeblich bemüht, die Anzeige zu machen, und hier nimmt man doch keine Straflosigkeit an. Bar a. a. S. 64.

2) Berner verlangt hier (a. a O. S. 304) Straflosigkeit, während er Strafe stattfinden läßt, wenn der Anstifter sich zwar bemühte, dem Angestifteten Nachricht von seiner Sinnesänderung zu geben, ihm dieses indeß wegen sich entgegenstellender Hindernisse nicht gelingt. Für diese zweite Behauptung giebt Berner den richtigen Grund an, daß der intellectuelle Urheber nicht anders von der Zurechnung befreit werden könne, als wenn er realiter seinen treibenden Willen aus dem des physischen

stischen Consequenz doch wohl den Vorzug vor jener Gefühlseingebung einräumen.

2) Dagegen wird der Anstifter stets von Strafe freibleiben, wenn die versuchte oder vollendete Ausführung des Verbrechens sich als eine von der vorhergegangenen Anstiftung ganz unabhängige Handlung darstellte. Was nun verbrochen wird, hat ja ein anderes Motiv gehabt, und man kann Niemanden für Handlungen verantwortlich machen, in denen seine intellectuelle Einwirkung nicht zu erkennen ist.

§. 60.

Wenn endlich der Anstifter bei seinem verbrecherischen Willen beharrt, der Angestiftete aber seinen Sinn ändert, und zwar

1) noch bevor er mit der strafbaren Ausführung beginnt, so ist weder er noch der Anstifter strafbar. Dieses darf ich, um nicht mehrfach Gesagtes zu wiederholen, nicht weiter begründen.

2) Erfolgt aber ein freiwilliger Rücktritt des physischen Agenten später, so wird

a. nach Einigen[1]) dadurch für den Anstifter keine Befreiung von Strafe bewirkt, weil der Rücktritt jenes eine von diesem ganz unabhängige Thatsache bilde. Bleibe auch jener straflos, so müsse doch diesen die Strafe treffen, denn was geschehen, entspreche seinem noch fortlaufenden Willen, der wenigstens zum Theil verwirklicht worden, weshalb ihn die Versuchsstrafe treffen müsse.

Urhebers zurückziehe. Ganz derselbe Grund paßt aber auch auf unsern im Texte aufgestellten Satz, denn in dem gesetzten Falle ist der treibende Wille nicht reell zurückgezogen, er trieb ja gerade fort.

1) Geib. a. a. O. Bd. 2 S. 351 und die Citate daselbst.

b. Andere[2]) haben richtiger so argumentirt:

Der Anstifter will das Verbrechen nur insofern er einen bestimmten Anderen zur physischen Ausführung bewegen kann, davon, daß dieser seine Thätigkeit nicht blos beginne, sondern auch fortsetze, macht jener sein verbrecherisches Unternehmen durchaus abhängig. Das Aufgeben des Verbrechens abseiten des physischen Agenten geschieht also, wenn auch gegen den Wunsch, so doch nicht gegen den Willen des Anstifters, da er den ganzen Plan von dem Willen des Angestifteten abhängig gemacht hat und abhängig machen wollte, er ist mithin straflos.

Zweites Capitel.

Von der Beihülfe.

§. 61.

Beihülfe leistet derjenige Theilnehmer eines Verbrechens, welcher dessen Ausübung in irgend einer Weise befördert, aber sie nicht als eine eigene, sondern fremde Angelegenheit betreibt. Der Gehülfe dient einer fremden Sache, der des Urhebers, seine Thätigkeit entbehrt eines selbstständigen juristischen Charakters, sie ist als ein accessorium zubetrachten, welches durch die Natur der Handlung des Urhebers, als durch sein principale, bestimmt wird.

Wenn dem Gesagten nach das Kriterium, durch welches sich der Gehülfe von andern Theilnehmern unterscheidet, nicht sowohl in dem Maße der Mitwirkung, als vielmehr in der

2) Bar a. a. O. S. 60.

Absicht des Mitwirkenden liegt, so daß, wie wir in der Folge noch näher zeigen werden, auch derjenige noch immer Gehülfe genannt werden darf, dessen Thätigkeit der des Urhebers gleichkommt oder sie wohl gar übertrifft, so kann er doch, ohne den Charakter eines Gehülfen aufzugeben und zum Miturheber zu werden, die verbrecherische Haupthandlung nicht verüben.

Denn wer diese begeht, der hat sich, wenn er gleich früher eine fremde Absicht verfolgte, diese angeeignet [1]). Wer bei einem Morde zunächst nur Beistand leisten will, z. B. den zu Tödtenden hält, dann aber den letztern, weil er dem Urheber den Dolch entwindet und sich auch vom Gehülfen befreit, erschlägt, oder ihn mit dem ihm zuvor und wieder entrissenen Dolche durchbohrt, ist jetzt offenbar der Mörder, der Mord ist sein Verbrechen. Er konnte selbst nicht tödten, ohne daß die Absicht der Tödtung seine eigene wurde [2]).

Daß schon die Römer so dachten, wird §. 78 zeigen.

§. 62.

Aus der accessorischen Natur der Beihülfe ergiebt sich mit Consequenz, daß ein strafbarer Gehülfe ohne ein vom Urheber begangenes Verbrechen undenkbar ist. Nicht als ob vorausgesetzt würde, daß man des Urhebers habhaft oder auch nur eine Verurtheilung desselben erfolgt sei [1]), es muß nur gewiß sein, daß dasjenige Verbrechen, zu welchem

---

1) Berner, der sich in seiner Lehre von der Theilnahme S. 214 nicht so aussprach, ist dem Gesagten später entschieden beigetreten.

2) Berner Preußisch. Strafrecht §. 46. „Wer bei einem Fälschungsverbrechen die falsche Urkunde, bei einer Falschmünzung die falsche Münze anfertigt; wer bei einer Brandstiftnng das Feuer anlegt, bei einem Fleischesverbrechen den geschlechtlichen Act vollzieht: ist Thäter, die verbrecherische Absicht ist nothwendig seine Absicht, das Verbrechen ist nothwendig sein Verbrechen."

1) Eine Condemnation bezw. Bestrafung des Urhebers kann z. B.

Beihülfe geleistet sein soll, wirklich begangen (wenn auch nicht vollendet §. 64) ist. Denn man wird von Niemanden sagen können, er habe etwas zu Stande bringen helfen, was nicht entstanden ist, er kann also auch dann, wenn es sich um etwas nicht Erlaubtes handelt, die für einen etwaigen Urheber desselben gedrohte Strafe weder ganz noch auch nur theilweise verwirkt haben. Von Strafe könnte nur allenfalls die Rede sein, wenn die zur Unterstützung einer vorausgesetzten Thätigkeit eines Andern vorgenommenen Acte, an sich mit Strafe bedroht wären, hier wäre die Strafe aber keine der Beihülfe. Ein Schlosser in Berlin hatte für einen ihm unbekannten Menschen mehrere Nachschüssel und eine Brechstange verfertigt, es fehlte jeder Beweis, daß ein Verbrechen damit begangen sei[2]), dennoch ward der Schlosser „wegen Conats zur Beihülfe bei dem Verbrechen des gewaltsamen Diebstahls" zu 3 Monaten Zucht-

---

ausgeschlossen sein wegen einer den Gehülfen nicht deckenden Verjährung oder weil der Urheber vor dem Urtheile bezw. der Vollstreckung desselben starb, oder weil er begnadigt ward.

Ein anderes Verhältniß stellt sich heraus, wenn der Thäter wegen Unzurechnungsfähigkeit bei der That von Strafe frei bleibt. Wußte derjenige, der mit dem Unzurechnungsfähigen das Verbrechen beging, um diesen Zustand desselben, so wollte er das Verbrechen offenbar als sein eigenes, zu dessen Begehung er sich des Unzurechnungsfähigen als Werkzeug bediente. War ihm dagegen dessen Zustand unbekannt, so kann er auch hier als Gehülfe nicht bestraft werden, da kein Verbrechen eines Urhebers vorliegt, er kann nur selbstständig strafbar sein. Es kommt dann darauf an, welche Absicht er bei dem Unzurechnungsfähigen voraussetzte; und wenn er für die Verwirklichung derselben mitwirkte, ohne daß, was er that, den vollen Thatbestand dessen ausmachte, was er als das von dem Andern beabsichtigte Verbrechen ansah, so hat er einen strafbaren Versuch begangen. S. auch noch Geib a. a. O. II. §. 111 (S. 377), Goltdammer, Arch. Bd. 1 S. 331, Oppenhoff, Preuß. Str.-G.-B. S. 85. Vergl. aber Köstlin, Syst. 283.

2) In der Folge stellte sich heraus, daß ein beauftragter Polizeiagent die Instrumente bestellte, der weder ein Verbrechen damit begehen

haus verurtheilt. Eine Strafe wäre allerdings zu erkennen gewesen, aber — abgesehen davon, daß es keinen Versuch der Beihülfe giebt (§. 64) — nicht wegen Theilnahme an einem Diebstahle, dessen Annahme als möglichen Hauptverbrechens ja auf eine reine Hypothese hinausläuft, sondern wegen der in Theil II. Tit. 20 §. 1251. 1252 des Preuß. Landrechts enthaltenen Bestimmung, nach welcher Schlosser, welche Nachschlüssel unsicheren Personen verabfolgen, mit einer Polizeistrafe zu belegen sind.

Und dieses Erkenntniß wurde gefällt, trotzdem der Defensor den nicht zu bezweifelnden Satz geltend machte, daß, wo gar kein Verbrechen vorliege, kein Urheber, wo kein Urheber, keine Beihülfe gedacht werden könne. Ja, etwas ganz Aehnlich ist im Art. 212 des Oldenburg'schen und §. 228 des Preuß. Strafgesetzbuchs [3]) wieder zum Vorschein gekommen!

§. 63.

Consequent muß auch weiter behauptet werden, daß **keine strafbare Beihülfe** vorhanden ist, **wenn des Urhebers Thätigkeit nicht wenigstens als strafbarer Versuch erscheint.** Nach **Bauer** [1]) kann dagegen die Beihülfe vollendet sein, ohne daß das Verbrechen, welches dadurch befördert

---

wollte, noch beging. **Hitzig**, Zeitschr. f. Criminalrechtspflege in Preußen Bd. 8 S. 59 ff.

3) Hier ist gesagt: „Entwendungen oder Unterschlagungen, welche von Eltern oder Großeltern gegen ihre Kinder oder Enkel, oder von einem Ehegatten gegen den andern begangen werden, sollen **nicht bestraft** werden." Also die hier genannten Personen haben keine Diebstähle begangen, aber doch heißt es weiter: „Diese Bestimmung findet keine Anwendung auf andere Personen, welche als Theilnehmer oder Hehler schuldig sind."

Vergl. noch über Preuß. Recht **Oppenhoff** a. a. O. §. 228. 13.

1) Abhandlungen Bd. 1 S. 459.

werden sollte, auch nur versucht worden wäre. „Wenn z. B. Einer sein geladenes Pistol dem Andern zu dem von diesem beabsichtigten Morde wissentlich und absichtlich geliehen hat, so ist seine Beihülfe vollendet, wenn auch der Andere die Absicht zu morden ganz aufgiebt, ohne etwas zur Ausführung dieses Verbrechens gethan zu haben.“ Angenomme, daß man den morden Wollenden — wie das Bauer zu thun scheint — als noch nicht bis zum strafbaren Versuch gekommen ansehen muß, so hat man doch damit offenbar seine Urheberschaft geleugnet, er existirt als Urheber nicht, überhaupt nicht als solcher, der ein Verbrechen begangen hat, wie kann man nun einen Andern bestrafen wollen wegen Beihülfe zu einem gar nicht begangenen Delict, wegen Unterstützung eines Verbrechers, der nie existirt hat[2])?

Dennoch ist Bauer's Meinung im Hannoverschen Strafgesetzbuche Art. 71 sanctionirt worden. Den Gehülfen trifft Strafe, und zwar wird sie nach seiner eigenen Thätigkeit bestimmt. Damit gelangt man denn zu einer ferneren Ungereimtheit: der Gehülfe kann nämlich nach Hannov. Rechte wegen derselben Thätigkeit eine geringere Strafe bekommen, wenn der Urheber bis zum strafbaren Versuche vorgeschritten

---

2) Wenn A eine Handlung vornimmt, welche ein von B auszuführendes Verbrechen zu unterstützen bestimmt war, B aber gar nichts Strafbares thut, so ist

1. entweder die Handlung des A eine an und für sich erlaubte (z. B. das Leihen einer dem A gehörigen Leiter), die nur in Bezug auf ein Delict des B als accessorium des letzteren strafbar werden würde, was sie indeß nicht anders werden kann, als wenn ein principale entsteht, B also wenigstens zum strafbaren Versuche vorschreitet;
2. oder das, was A that, ist schon an sich unerlaubt, dann ist auch jetzt schon eine darauf stehende Strafe verwirkt, aber eine selbstständige, nicht eine Strafe der Beihülfe.

ist[3]), als wenn es gar nicht so weit kam. Die Unrichtigkeit der Bauer'schen Ansicht ergiebt sich endlich auch aus der Vergleichung der intellectuellen Beihülfe (§. 67) mit der Anstiftung: ein jeder Urheber, also auch der intellectuelle ist an sich strafbarer als der Gehülfe (§. 72. 73. 76), er bleibt aber, wenn der Anzustiftende gar nicht zur That schreitet, wie wir in §. 62 sahen, straflos; — wie soll also intellectuelle Beihülfe, (z. B. wenn Jemand Hülfe versprach, Instruction über Localitäten, Persönlichkeiten ertheilte, Kundschaft einzog) gestraft werden können, wenn der, auf den sie einwirkte, gar nicht zum Handeln kommt[4])?

§. 64.

Dagegen läßt sich nicht verkennen, daß vollständige Beihülfe, wie sie geleistet werden wollte und sollte, geleistet werden kann, ohne daß der Urheber das Verbrechen vollendet. Denn liegt auf seiner Seite auch nur strafbarer Versuch vor, so ist er doch immer Urheber und hat wenigstens einen Theil der auf das vollendete Delict gesetzten Strafe verwirkt. Ob dieses dem Gehülfen, der Alles that, was er wollte und jener von ihm begehrte, zu Statten kommt, so daß auch seine Strafe geringer ist, als wenn das Verbrechen vollendet wäre, wird in §. 76 untersucht werden.

Einen Versuch der Beihülfe giebt es aber nicht. Man hat für das Gegentheil angeführt[1]), daß sich verschiedene Stufen und Grade auch in der verbrecherischen Thätigkeit des Gehülfen und im Erfolge derselben denken lassen und

3) Denn nach §. 71 Abs. 1 fällt die Strafe des Gehülfen je nach der größern oder geringern Strafe, die der Urheber verwirkt hat, mehr oder weniger hoch aus.

4) Bar a. a. O. S. 71.

1) Archiv von 1848 S. 302. 1851 S. 223. Zachariä, Versuch

die Gesetze nicht jeden Grad der Beihülfe mit einer und derselben Strafe belegen[2]), der Grund dieses Unterschieds aber eben darin zu suchen sein dürfte, daß sie die mehr oder weniger fortgeschrittene Thätigkeit des Gehülfen unter das Princip des Versuchs stellten. Dieses trete dann deutlich hervor, wenn ein Gesetz beim freiwilligen Abstehen von der Beihülfe, gleich wie beim Abstehen von der That, Straflosigkeit statuire, deren Grund sich gerade aus der innersten Natur des Versuchs erkläre[3]). Gleichwohl sind alle Argumente nicht stichhaltig. Um überhaupt zwischen Versuch und Vollendung eine juristische Unterscheidung treffen zu können, bedarf es unumgänglich eines bestimmten Merkmals für den Eintritt der Vollendung, wir müßten ein bestimmtes Moment haben, bis zu welchem die Thätigkeit des Helfenden fortgeschritten sein dürfte, resp. über welches sie hinaus sein müßte, um sie als Versuch der Hülfe, resp. eine vollendete bezeichnen und behandeln zu können, und daran fehlt es gänzlich. Eine Grenze dieser Art ist zwar bei der Urheberschaft möglich und wird durch Aufzählung dessen, was zum Thatbestande jedes einzelnen Verbrechens gehört, mit Bestimmtheit gegeben, indeß nicht so bei der Handlung des Gehülfen. Denn Alles, was Jemand, der Beihülfe leisten will,

---

Bd. 1 S. 62 ff. Vergleiche noch Berner, Theiln. S. 221. „Der Versuch der Beihülfe hat in sich selber sowohl das Princip der Strafbarkeit des Versuchs, als er das Princip der Strafbarkeit der Handlung des Urhebers als mitbestimmenden Factor in sich trägt" u. s. w.

2) Z. B. mit geringerer Strafe die blos versprochene Hülfe als die wirklich geleistete.

3) So sagt z. B. das Hannoversche Str.-G.-B. Art. 72: „Eine blos versprochene aber, nicht geleistete Beihülfe wird nach den Gesetzen wider den Versuch beurtheilt. Sie ist daher strafbar, wenn der Gehülfe nicht aus freiem Antriebe davon abgestanden ist (Art. 34 Nr. 3), und es ist sodann die Strafe derselben nach den im Artikel 37 und 69 enthaltenen Vorschriften zu bestimmen."

vornimmt, ist entweder dem Urheber wirklich oder gar nicht förderlich; im erstern Falle hilft es immer, und bliebe es auch weit zurück hinter dem, was man erwartete und wünschte, es ist also eine nicht blos versuchte, sondern bereits wirklich geleistete Hülfe vorhanden, wenn auch vielleicht nur das minimum derselben. Insonderheit ist die blos zugesagte, aber nicht reell erfolgte Hülfe nicht als Versuch anzusehen, weil die Zusage entweder gar keinen intellectuellen Einfluß auf den äußerte, welchem sie gegeben ward, oder auf ihn geistig einwirkt, und dann bereits wirklich geleistete intellectuelle Beihülfe ist. Was Köstlin (Revis. Bd. 1 S. 507) dawider einwendet, daß nämlich der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung subjectiv, d. h. nach der Absicht des Gehülfen zu bestimmen sei, läuft auf eine bloße Wiederholung des Satzes, den er dadurch beweisen will, hinaus[4]).

Angenommen endlich, man wollte einen Unterschied zwischen versuchter und vollendeter Beihülfe statuiren, so müßte man, wenn er practische Bedeutung haben soll, doch für den ersten Fall gelindere Strafe anwenden als für den zweiten, und würde mithin denjenigen, dessen Thätigkeit als Gehülfe mit einer gewissen Handlung abgeschlossen sein sollte, schwerer strafen als den, der ganz dasselbe that, aber noch viel mehr thun wollte, also bei Gleichheit der äußeren Handlung eine größere Intensität des dolus besaß[5]).

§. 65.

Das im letzten §. Behauptete versetzt uns nicht in die Nothwendigkeit, anzunehmen, daß von Strafe frei bleibe, wer freiwillig von der Beihülfe absteht. War, was be-

4) Archiv v. 1851 S. 223.
5) Bar a. a. O. S. 76, 2.

reits gethan, von irgend welchem fördernden Einfluß auf den Urheber, bezw. dessen That, so kann offenbar von Straflosigkeit keine Rede sein; liegt dergleichen dagegen noch nicht vor [1]), so giebt es auch keinen Grund der strafrechtlichen Handlung dessen, der die auf Hülfleistung berechnete Thätigkeit nicht weiter ausdehnt. Köstlin [2]) will keine Strafe eintreten lassen, „wo die durch die Zusage oder den Anfang der Leistung in's Leben getretene intellectuelle Förderung positiv wieder aufgehoben wird — durch rechtzeitige ausdrückliche Erklärung des Rücktritts oder durch rechtzeitige Benachrichtigung der Obrigkeit". Dem kann nicht beigepflichtet werden, denn man hätte es ja mit einer bereits wirklich geleisteten Beihülfe zu thun (s. den vorigen §.), die sich nicht immer durch die Erklärung des Rücktritts zurücknehmen und unwirksam machen läßt, z. B. nicht, wenn sie in Angabe von Mitteln, Beschreibung von Localitäten besteht [3]) oder es der Obrigkeit nicht gelingt, dem strafbaren Versuche oder der Vollendung des Verbrechens zuvorzukommen. Ja es darf behauptet werden, daß der freiwillig zurücktretende Gehülfe nicht straflos ist, wenn er die völlige Ausführung des versuchten Verbrechens selbst verhindert und seinerseits die versprochene Hülfe auch gar nicht leistete, denn er hat doch bereits eine wenigstens zu der strafbaren Versuchshandlung mit beitragende intellectuelle Hülfe geleistet [4]).

---

1) Z. B., wenn der Urheber den ermunternden Zuruf nicht gehört hat und der Ruf nicht wiederholt und nicht wirklich gehört wird, oder eine vorher nicht zugesagte physische Beihülfshandlung in ihrem Erfolge von dem Handelnden noch so zeitig rückgängig gemacht wird, daß der Urheber nicht im Stande ist, ihn zu benutzen.

2) S. dessen System S. 293.

3) Bar a. a. O. S. 80.

4) Particulargesetze, z. B. Hannover Art. 72. 73. Baden §. 141, haben freilich mehr oder weniger abweichende Bestimmungen.

Welchen Einfluß der Rücktritt auf Strafzumessung haben kann, ergiebt sich weiter unten.

§. 66.

Es giebt keine culpose Beihülfe, ebenso wenig dolose Beihülfe zu culposen Verbrechen.

Der erste Satz folgt schon aus dem Begriffe der Theilnahme[1]), desgleichen aus dem der Beihülfe und demjenigen, was über den Unterschied dieser und der Anstiftung gesagt ist. Die nicht beabsichtigte Förderung eines fremden Verbrechens ist etwas rein Objectives, was allenfalls als selbstständig culposes Verbrechen oder Polizeidelict, aber nicht als accessorium dessen, worauf es gar nicht berechnet war, strafbar sein kann. „Sofern Theilnahme eine stets auf die Einheit einer That bezogene (solidarische oder nicht solidarische) Gemeinschaft verschiedener Willen involvirt, kann sie nur durch Absicht, nicht durch culpa entstehen, weil diese die directe Richtung des Willens auf die That und ebendamit den möglichen Gegenstand der Theilnahme ausschließt[2])". Das römische Recht[3]), die peinliche Halsgerichtsordnung[4]) und eine Reihe neuerer

1) Alle Theilnahme ist ein Verhältniß von Wille zu Wille, eine Willensvereinigung. Um also Gehülfe zu sein, muß man das Bewußtsein haben, der Andere wolle für sich das Verbrechen begehen, welches man fördern will. Berner, Theilnahme S. 212.

2) Köstlin, Syst. S. 270.

3) Allgemein redet L. 53 i. f. D. 50. 16 (.... „ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit" etc.) und in Bezug auf Diebstahl L. 51 §. 2 D. 47. 2 („Recte Pedius ait: sicut nemo furtum faciat sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse").

4) Art. 177: „So Jemand einem Missethäter zur Uebung einer Missethat wissentlich und gefährlicher Weiß einigerley Hülff, Beystand oder Förderung, wie das alles Nahmen hat, thut."

deutscher Strafgesetze [5]) erkennen die Unmöglichkeit der culposen Beihülfe mit Bestimmtheit an, und die ersten Autoritäten der Strafrechtswissenschaft stimmen hiermit überein.

Nicht ganz so verhält es sich in der Frage, ob es eine dolose Beihülfe zum culposen Verbrechen giebt. Zwei Fälle müssen unterschieden werden:

Fördert Jemand, dem daran gelegen ist, daß ein strafrechtswidriger Erfolg herbeigeführt werde, die Thätigkeit eines Andern in der Erwartung, daß sie jenen Erfolg, wenn auch ohne des Handelnden Willen, haben werde, so ist er gar kein Gehülfe, da er sein eigenes Interesse verfolgt [6]).

Ebenso wenig gehört hierher der von Luden [7]) gesetzte Fall, in welchem Einer den Andern in seiner dolosen verbrecherischen Thätigkeit unterstützt und diese einen über die Absicht des Handelnden hinausliegenden Erfolg hervorbringt. Denn einerseits wäre ja hier die Beförderung des nicht gewollten Erfolgs keine dolose, ebenso wenig wäre sie eine culpose, die es überhaupt nicht giebt, und andererseits darf man von Beihülfe aus dem Grunde nicht sprechen, weil Niemand für einen Zweck des Andern thätig sein kann, den dieser gar nicht hat.

§. 67.

Die Beihülfe kann in einer geistigen oder körperlichen, das Verbrechen fördernden Thätigkeit bestehen. Im ersteren Falle nennen wir sie eine intellectuelle, im

5) Neues Bair. Str.=G.=B. Art. 52. 54, Oldenburg. §. 30, Preuß. §. 34, Hannov. Art. 66, Hessen=Darmst. Art. 83.

6) Jeder ist von dem Andern unabhängig zu beurtheilen, der Eine ist doloser, der Andere culposer Verbrecher. Hälschner S. 346 (oben). S. 349 Note 3.

7) Handbuch S. 441 Note 5.

letzteren eine physische. Jene würde z. B. bestehen können in Belehrung und Rath über die Art und Weise, wie das beschlossene Verbrechen am sichersten und leichtesten auszuführen wäre, in ermunterndem Zureden, wodurch der Wille des Urhebers gekräftigt, sein Muth gehoben wird, auch ein bloßes Lob, als gleichsam vermummter Rath, gehört hierher. Ebenso ist auch die der That vorhergehende Zusicherung einer bestimmten, erst nach der That zu leistenden, dem Urheber förderlichen Handlung (Verbrechen der Begünstigung) eine intellectuelle Beihülfe [1]), denn sie, wie die bloß versprochene, kräftigt und ermuntert den Urheber, hilft ihm, sich entgegenstellende Schwierigkeiten überwinden [2]). Ueberall ist natürlich

---

1) Die Römer bezeichnen die intellectuelle Beihülfe durch consilium, suadere (welche Ausdrücke aber auch von Anstiftern gebraucht werden. Vergl. L. 16 D. 48. 19 mit L. 20 C. 6. 2. Zachariä, Vers. Bd. 2 S. 111 Note 2 S. 117 mit Matthaeus l. c. prolog. p. 17. 12 und Birnbaum im Archiv von 1842 S. 21). Auch einer intellectuellen Beihülfe durch Vorausversprechen einer Begünstigung gedenkt das corp. jur. civ. mehrmals. Nicht zu verwechseln sind mit den besprochenen sind folgende oft irrig als Begünstigung angesehenen Fälle, in denen wirkliche Beihülfe (einerlei, ob zuvor besprochen oder nicht) zu befinden ist. a) L. 1 D. de aleator. (denn die susceptores machen durch das Hergeben der Wohnung das Spiel möglich, ihre Wirksamkeit beginnt nicht erst nach Vollendung des Spiels). b) Besteht ein Verbrechen darin, daß man sich gewissen Verhältnissen durch die Flucht entzieht, so ist, wer den Flüchtling aufnimmt und verbirgt, deswegen als Gehülfe zu betrachten, weil seine Handlungsweise das Mittel, die Flucht aus- und zu Ende zu führen, bildet (L. 6 §. 2 D. 48. 15: ... „eum eamve invito vel inscientе domino dominave celaverit“). Als Gehülfe ist anzusehen, wer einem desertor ein Mittel zur Flucht gewährt, denn dadurch wird die Ausführung der desertio vermittelt, wenn auch zugleich darin das Mittel liegt, ihn vor Strafe zu schützen.

2) Berner, Theiln. S. 263: „Hier ist nicht die physische Hülfe das movens, da sie erst post motum Statt findet, wohl aber die durch die Zusage jener nachfolgenden physischen Hülfe oder Begünstigung hervorgebrachte Anfeuerung zur Begehung.“ S. auch Hufnagel, Com-

vorausgesetzt, daß die intellectuelle Einwirkung den verbrecherischen Willen des Urhebers nicht erst erzeugte, denn sonst hätten wir Anstiftung. Intellectuelle Beihülfe giebt es nur bei einem bereits zur That Entschlossenen, mag sie auch nur darin bestehen, daß sie das Wiederaufgeben des Planes hintertreibt.

§. 68.

Der vielfach (auch in Gesetzen) gemachte Unterschied zwischen vorausgehender, gleichzeitiger und nachfolgender Beihülfe ist eigentlich ein ganz unrichtiger, es giebt nur eine vorhergehende, mögen wir uns das Verbrechen, zu welchem Jemand geholfen hat, als ein vollendetes oder nur versuchtes denken. Denn das principale, zu welchem sich die Beihülfe als accessorium verhält, ist erst dann etwas Abgeschlossenes, wenn es sich weiter zu entwickeln aufgehört hat, erst dann ist es dasjenige, um was es sich rechtlich handelt, erst dann ist es das, was zur rechtlichen Beurtheilung steht. Die bis dahin dem principale zu Theil gewordene Förderung ist also noch immer ein antecedens [3]). Alles aber, was ein Anderer von hier an für den

---

mentar z. Würtemberg. Str.-G.-B. Bd. 3 S. 106. Theresiana Art. 3 §. 12. Uebrigens gilt das von dem vor Anfang der Ausführung des Verbrechens gegebenen Versprechen Gesagte auch von der während der Ausführung erfolgenden Zusage der Begünstigung, denn sie kann eine ebenso ermunternde, stärkende Wirkung haben. Berner, Preuß. Str.-R. §. 54.

3) Vergl. Note 1 b zu voriger Seite. — Nur scheinbar würde sich der Einwurf machen lassen, daß es Fälle giebt, in denen die Thätigkeit des Urhebers beendet, aber der Erfolg noch nicht eingetreten ist, und in der Zwischenzeit ein Anderer eine den Eintritt fördernde, also eine Beihülfshandlung vornimmt. Z. B. A gab dem B ein langsam tödtendes Gift ein, um ihn aus dem Leben zu schaffen, dieß gelingt auch, indem C, als B erfährt, daß er Gift genossen, diesen an dem Gebrauche eines

Urheber thut, ist Begünstigung [4]). In Betreff der vor Abschluß des principale versprochenen Begünstigung wurde bereits bemerkt, daß sie Beihülfe ist, auch sie geht augenscheinlich dem principale voran.

§. 69.

Auch der leistet Beihülfe, der die Thätigkeit eines Gehülfen unterstützt. War diese Unterstützung eine physische, so ist ja dadurch mittelbar auch das Werk des Urhebers gefördert, z. B. Jemand will dem Diebe eine Leiter schaffen und wird in seiner darauf gerichteten Thätigkeit (die vielleicht für sich allein gar nicht hinreichen würde) durch den Beistand eines Dritten mit der Absicht, den Diebstahl zu fördern, unterstützt.

Nicht anders wird das Verhältniß der intellectuellen Beihülfe zu beurtheilen sein. Wer dem A zeigt, wie er es anzufangen habe, die dem B versprochene Hülfe wirklich zu gewähren, ist gleichfalls dem A förderlich geworden. Auch in L. 36 pr. D. 47. 2 wird eines mali consilii in der Weise gedacht, daß darin eine Beihülfe für das Delict eines Dritten liegt [1]). Ja, fürwahr die Römer sind keine schlechteren Criminalisten gewesen, als die Verfasser unserer neuen Gesetz-

---

Gegengiftes hindert. In Wirklichkeit liegt hier so wenig eine nachfolgende als gleichzeitige Beihülfe vor, weil das principale, wozu sich des C Thätigkeit als accessorium verhält, nicht blos in dem Handeln des A, sondern in diesem und dem darauf erfolgten Tode des B besteht, diese beiden facta machen ja den Thatbestand des von A begangenen Verbrechens aus. Berner, Theilnahme S. 167 ff.

4) Es ist nicht mehr integrirender Bestandtheil des in Rede stehenden principale.

1) „Qui servo persuasit, ut fugeret, fur non est.... Sed si ei alius fugam persuaserit, ut ab alio surripiatur, furti tenebitur is, qui persuasit, quasi ope consiliove ejus furtum factum sit."

bücher, die vielmehr gar Vieles von ihnen lernen könnten. Während das neue Bairische Str.-G.-B. [2]) richtig auch einen Gehülfen des Gehülfen kennt, redet §. 34 Nr. 2 des Preußischen nur von der dem Thäter unmittelbar geleisteten Beihülfe [3]). Ebenso kann es auch eine Anstiftung der Beihülfe geben, die im Preuß. Recht nicht vorkommt. Berner giebt zu, daß eine solche denkbar sei, leugnet sie aber vom Standpunkte des Preuß. Rechts, die Preußische Praxis nimmt sie dagegen an [4]). Begrifflich kommt auf den Unterschied zwischen angestifteter und nichtangestifteter Beihülfe allerdings nichts an, aber die Strafzumessung ist davon abhängig [5]). Vgl. §. 72. 73.

§. 70.

Man kann das Verbrechen eines Andern nicht blos durch Thun, sondern auch durch Unterlassen befördern. Darauf gründet sich der Unterschied der s. g. positiven und negativen Beihülfe [1]). Letztere liegt vor, wenn durch das, was nicht geschieht, Mittel oder Gelegenheit zur Begehung

---

2) In Art. 54 ist nicht, wie im Preuß. G.-B., ausdrücklich und lediglich von Unterstützung des Thäters die Rede, so daß es vollkommen gleichgültig erscheint, ob die Unterstützung dem Thäter unmittelbar oder mittelbar geleistet ward, wie es denn auch ausdrücklich heißt, „wer den Thäter oder einen Theilnehmer in ihrem Entschlusse bestärkt, wer denselben" u. s. w. Vergl. v. Dollmann, das Str.-G.-B. für Baiern vom 10. Nov. 1861. S. 321.

3) Berner, Preuß. R. §. 44.

4) Goldtammer, Arch. Bd. 9 S. 829. Oppenhof a. a. O. S. 87 Nr. 27.

5) Hälschner a. a. O. S. 328.

1) Man hat die Ausdrücke ganz aus der Rechtssprache verbannen wollen, und nicht ganz mit Unrecht. Denn wenn diese Terminologie auch nicht unrichtig, so ist sie doch vieldeutig. Einige nennen z. B. den Fall einer directen Beförderung des Verbrechens eine positive Beihülfe, während sie unter negativer Beihülfe die Hinwegräumung entgegenstehender Hindernisse verstehen.

des Verbrechens oder dessen Erleichterung gegeben werden sollte. Wann diese Absicht (denn ein culposes Unterlassen muß nach §. 66 ganz außerhalb unserer Betrachtung bleiben) anzunehmen sei, ist nach den jedesmaligen Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen [2]).

Daß die in manchen Stellen des Röm. Rechts als strafbar genannten conscii stets als Gehülfen aufzufassen wären, kann nicht angenommen werden. Allerdings kann die conscientia das sein, was „negative Beihülfe" genannt wird, z. B. in L. 6 D. 48. 9, wo gesagt ist, daß diejenigen strafbar sind, welche Kunde eines bevorstehenden Vatermordes haben, und — wie man hinzusetzen muß — keine Anzeige davon machen (L. 2 D. 48. 9), ferner in L. 5 §. 6 C. 9. 8, wo das Mitwissen um einen Hochverrath für den Fall der Nichtanzeige mit Strafe bedroht wird.

Aber die conscientia kann auch ein Complott bedeuten [3]). Jedenfalls muß man mit Rein behaupten, daß die conscii „mehr sind, als bloße Mitwisser;" das geht aus allen einzelnen Fällen hervor. In den bereits hervorgehobenen Stellen ist es das Nichtanzeigen, in anderen Fällen ist es das Nicht-

2) Wenn z. B. Nichtverhinderung oder Nichtanzeige eines Verbrechens, welches begangen werden soll, dem dazu Entschlossenen ausdrücklich zugesagt ist, um dadurch ihn zu ermuthigen, in dem Entschlusse, in dem er bereits zu wanken anfängt, zu bestärken. Diese Beihülfe ist insofern eine positive, aber ebenso gewiß ist es, daß, wer in der Absicht, zu helfen, ein Verbrechen nicht hindert, bezw. nicht anzeigt, seinen negativen Antheil an dessen Entstehung hat, den er vertreten muß, sofern er zur Anzeige oder Verhinderung verpflichtet war. Die Strafe hat hier ihren Grund im Begriffe der Sache, mag der Nichthindernde, bezw. Nichtanzeigende, schon kraft wirklicher Verpflichtung zum Gegentheile verbunden sein, oder nicht. Berner, Theiln. S. 232. Geib II. 388 ff. (woselbst sich eine ausführliche Mittheilung entgegenstehender oder wenigstens nur theilweise harmonirender Ansichten findet).

3) Birnbaum a. a. O. S. 18 Note 37. Rein a. a. O. S. 200.

verhindern des Jemandem zur Kenntniß gekommenen Verbrechens, was ihn strafbar macht, wie z. B. L. 9 §. 1 D. 48. 10 in Betreff der Münzfälschung und das SC. Silanianum in Betreff der Tödtung des Herrn eine Verhinderung fordert. Oder das Mitwissen läuft auf Genehmigung hinaus." Der socius oder conscius ist nach Luden immer strafbar bloß wegen der in seiner Mitwissenschaft enthaltenen Genehmigung. Der Genehmigende wird durch die Genehmigung zum wirklichen conscius oder socius des eigentlichen Thäters, indem dieselbe theils ein wirkliches Complott zwischen beiden begründet, theils aber auch als wirkliche Ursache des Verbrechens erscheint, zumal wenn der Andere die Ausführung seines Planes ausdrücklich von der Genehmigung abhängig gemacht haben sollte. Wenn daher Jeder, dem ein verbrecherischer Plan mitgetheilt wird, damit er ihn genehmige, die Pflicht hat, denselben nicht zu genehmigen, so ergiebt sich daraus von selbst, daß er in einem solchen Falle wenigstens so weit zu positiven Handlungen verpflichtet ist, als erforderlich sind, seine Nichtgenehmigung zu erkennen zu geben [4]). „Daß die Genehmigung ausdrücklich gegeben werde, ist keineswegs eine Voraussetzung der Strafbarkeit." Bloßes Stillschweigen wird, sagt Luden weiter, „zwar nicht immer für Genehmigung gehalten werden können, namentlich nicht, wenn die Mittheilung des Plans gar nicht in einer Weise geschehen war, daß

---

4) Luden, Abhandl. Bd. 1 S. 299, womit zu vergl. Bd. 2 S. 256. Weiter geht aber die Verpflichtung nicht, namentlich hat der, dem der verbrecherische Plan mitgetheilt ist, nicht die Verbindlichkeit der Bemühung, denselben zu verhindern oder zu verbieten. Daß es eine allgemeine Strafbarkeit der Nichtanzeige oder Nichtverhinderung nicht gab, eine solche vielmehr nur in gewissen, vom Gesetze besonders hervorgehobenen Fällen Statt fand, erörtert gut und umständlich Matthaeus l. c. proleg. p. 16 et 17. Vergl. auch Stübel, Thatbest. der Verbr. §. 53.

eine bestimmte Erklärung über Billigung oder Nichtbilligung erwartet werden konnte; allein wo eine solche Erklärung erwartet wurde und auch abgegeben werden konnte, wird das Stillschweigen in der Regel als Genehmigung ausgelegt werden müssen."

Will man zunächst einmal absehen von der Frage, ob dieser Argumentation vom Standpunkte der heutigen Strafrechtswissenschaft beizutreten sei [5]), so wird man zugeben, daß Luden's Ausführungen alle Beachtung verdienen, soweit es sich darum handelt, den Umstand aufzuklären, daß conscii in verschiedenen Stellen des römischen Rechts ohne weiteren Zusatz mit Strafe bedroht werden, und zu zeigen, was die Behauptung sagen will, daß „conscii mehr sind als bloße Mitwisser." Aber das heutige Recht kennt freilich keine allgemeine Pflicht zur Verhinderung bezw. Anzeige bevorstehender Verbrechen. Damit ist indeß recht wohl verträglich, daß in der Nichtverhinderung bezw. Nichtanzeige eine Beihülfe liegen kann, wie das z. A. des §. und in der Note 2 daselbst Gesagte klar ergeben dürfte. Auch die Römer kennen jede allgemeine Pflicht nicht [6]), aber sie erblicken in doloser Nichtanzeige bezw. Nichtverhinderung eine Art der Theilnahme, wie die Bestrafung der conscii beweist, denen auch andere, die dolo nicht verhindern, gleich behandelt werden (z. B. in L. 10 §. 2 D. 42. 8. L. 6 D. 48. 9 und §. 6 I. 4. 18 und besonders L. 1 §. 2 D. 47. 11, auf welche ich später zurückkomme). Desgleichen unterscheiden die italienischen Juristen [7]) dolose

5) Später erst komme ich hierauf, vor der Hand verweisend auf Berner, Theiln. S. 278 ff.

6) Köstlin, System S. 295. Geib a. a. O. S. 389. L. 50 D. 50. 17. L. 109 ibid. Cicero de off. I. 7. Anders das canonische Recht c. 55 C. 2 qu. 7. c. 7 u. 11 C. 23 qu. 3.

7) Farinacius qu. 51 N. 1 j. n. 4 seq. qu. 132. N. 29—31, so auch Gandinus und Clarus.

Nichtverhinderung als species des Complotts oder der Beihülfe von der bloßen negligentia in non obviando oder non revelando. Das Hannöversche Str.-G.-B. Art. 67. 4 rechnet zu Gehülfen „des höheren Grades" öffentliche Diener, welche, durch ihr Amt zur Entdeckung, Anzeige, Verhinderung, Untersuchung oder Bestrafung von Uebertretungen verpflichtet, den Verbrechern vor oder in der Zeit der Vollbringung die Unterlassung ihrer Amtspflicht versprochen und dieses Versprechen erfüllt haben. Ich glaube dagegen, daß Hülfe schon in dem bloßen Versprechen liegt, und zwar eine sehr bedeutende [8]). Andererseits dürfte ein zuvoriges Versprechen nicht immer erforderlich sein, um Beihülfe (abgesehen von dem Grade derselben) anzunehmen, was auch in Art. 68 Nr. 4, wo ohne das Versprechen Beihülfe des „geringeren Grades" angenommen wird, anerkannt ist. Unrichtig ist ferner, wenn das Gesetz nur von Beamten spricht. Besser redet das Bair. Str.-G.-B. Art. 54 Nr. 3 ganz allgemein von dem, der dem Thäter oder einem Theilnehmer vor der That „eine Beihülfe bei der Ausführung oder die Verheimlichung der That oder andere nach Vollendung der That zu leistende Hülfe oder Unterstützung versprochen hat. „Mit Recht — sagt v. Dollmann [9]) — ist in den Verhandlungen des G.-G.-A. II. bemerkt, daß auch die Zusagung der Nichtverhinderung des Verbrechens unter die Bestimmung der Ziffer 3 falle."

Wenn Jemand, dessen Dazwischenkunft bei der Ausführung des Verbrechens von dem Thäter besonders gescheut

8) v. Dollmann a. a. O. 318, denn die Bestärkung des Thäters in seinem verbrecherischen Entschlusse liegt in dem Versprechen als solchen und in der dadurch geweckten und genährten Erwartung. Nach dem Gesichtspunkte der geistigen Bestärkung kann es auf die Erfüllung des Versprechens nicht ankommen.

9) a. a. O. S. 317.

wird, diesem das Versprechen leistet, daß er sich absichtlich von dem Orte der That entfernt halten und sonst der Ausführung kein Hinderniß entgegenstellen werde, so ist dieser ohne allen Zweifel ein Gehülfe.

§. 71.

Die in verschiedenen Gesetzgebungen sich findende Unterscheidung zwischen wesentlicher und nicht wesentlicher, naher und entfernter Beihülfe, desgleichen zwischen Gehülfen höhern und geringern Grades (wie das im §. 70 aus dem Hannöv. Rechte Mitgetheilte ergiebt,) läuft indeß auf eine ungenaue Casuistik hinaus, die, weil man danach die Strafe zumessen soll, höchst gefährlich ist. Die Grenze zwischen naher und entfernter Beihülfe u. s. w. läßt sich im Allgemeinen gar nicht bestimmen. So kann z. B. das im Hannöverschen Str.-G.-B. Art. 67 Nr. 3 als Beihülfe höhern Grades genannte Wachestehen und Kundschaftgeben u. s. w. viel und wenig zur Hervorbringung des Verbrechens beitragen, daher wäre es unrichtig, dasselbe stets mit der höhern Strafe zu belegen. Das hat der Gesetzgeber auch recht wohl gefühlt, indem er bestimmt, daß die in §. 67 und 68 aufgezählten Beihülfshandlungen „in der Regel" als solche des höhern und geringern Grades zu betrachten seien. Hierdurch ist die gezogene Grenze, wenn sie eine bestimmte sein sollte, wieder zu einer unbestimmten geworden, weil in concreten Fällen die Entscheidung dem arbitrio judicis, welches auf alle concurrirende Einzelheiten zu sehen hat, anheimgestellt bleibt. Andererseits ist die Aufzählung des Hannov. Str.-G.-B. auch keine erschöpfende (die sich überhaupt wohl nicht geben läßt), wie z. B. der s. g. Hauptgehülfe (vgl. §. 74) in Art. 67, in welchen er ohne Zweifel gehört hätte, gar nicht mit aufgenommen ist.

Ganz richtig dürfte daher die Bemerkung Leonhardt's[1]) sein, daß die namhaft gemachten Fälle „nur als Beispiele aufgefaßt werden können." Sofern sie nun nach des Gesetzes eigener Bemerkung nicht schlechterdings (sondern „in der Regel") passen würden, haben sie auch in dieser Beziehung keinen vollen Werth. Anders wird die Sache auch dadurch nicht, daß man, anstatt sich in eine Casuistik zu verlieren, das Gebiet der nahen und entfernten Beihülfe u. s. w. allgemeiner zu bestimmen sucht. Denn wenn man z. B. nahen Gehülfen den genannt hat, „der eine zum gesetzlichen Begriffe desselben gehörige Thatsache hervorbrachte," und als entfernte Beihülfe den Fall bezeichnet, „wo Jemand auf andere Art dabei fördernd mitwirkte," so ist dagegen zu bedenken, daß eine zum Begriffe des Verbrechens gehörige Thatsache durch verschiedene Handlungen veranlaßt werden kann, deren mehrere häufig concurriren[2]), und man da nicht immer sicher ist, welcher Classe sie zuzuzählen sind[3]). Es wird überhaupt nichts damit gewonnen, Grade der Beihülfe aufzustellen, weil auch innerhalb des Grades immer wieder Verschiedenheiten vorkommen, welche die Festsetzung einer ganz bestimmten Strafe ausschließen müssen[4]). Meine Ausführungen in den folgenden Paragraphen (insonderheit §. 74, wo vom s. Hauptgehülfen die Rede sein wird,) werden Alles noch deutlicher machen.

§. 72.

Die Strafbarkeit des Gehülfen ist stets eine geringere als die des Urhebers; dafür sprechen

1) S. dessen Commentar Bd. 1 S. 288.
2) Vergl. Stübel, über Thatbest. §. 30.
3) Beispiele bei Stübel a. a. O.
4) Luden, Handbuch S. 473.

nicht blos objective, sondern auch subjective Gründe. Zunächst trifft auch hier Alles zu, was in §. 20 bereits gesagt wurde. Immer bleibt nämlich der böse Wille des Gehülfen, und wenn er auch noch so wirksam zur Ausführung des Verbrechens mit beitrug [1]), hinter dem des Urhebers zurück. Denn er betreibt ja nicht seine eigene, sondern eine fremde verbrecherische Angelegenheit, weßhalb die verbrecherische Willensrichtung, die darin ausgesprochene Rechtsverachtung geringer erscheint, und das gegebene Aergerniß nicht so groß sein kann als bei dem Urheber. Er ist es nicht, der das Verbrechen selbst beabsichtigt, also auch nicht auf seine Verantwortung nimmt, die Verbindlichkeit aber, nicht Schöpfer von Verbrechen zu werden, stellt sich unbezweifelt dem Bewußtsein wichtiger und heiliger dar, als die Verbindlichkeit, die Verbrechen Anderer nicht zu unterstützen [2]). Der Gehülfe ist bei der Sache nie unmitelbar interessirt, er handelt entweder ohne allen Eigennutz (z. B. aus Mitleid, Gefälligkeit, Freundschaft, — an sich löblichen Motiven) oder er hat doch nur ein mittelbares Interesse (z. B. weil ihm ein Lohn verspochen war). In manchem Falle kann er sich sagen, daß, wenn er auch eine ihm angesonnene Hülfshandlung nicht vornähme, das Verbrechen doch in's Leben gerufen werden würde, oft denkt er, es komme auf das, was man ihm ansinnt, nicht viel an, es sei an sich nichts Unerlaubtes [3]). Wie groß ist also der Unterschied dieser Stimmung von der Stimmung in der Brust des Urhebers!

Und doch ist Alles dieses vielfach übersehen! So heißt

---

1) Natürlich vorausgesetzt, daß er nicht die Haupthandlung vornahm (§. 61).

2) Henke, Handb. des Crim.-Rechts Bd. 1 S. 525.

3) Zumal wenn der Gehülfe sich zur Vornahme seiner Handlung gar nicht mit an Ort und Stelle zu begeben hat. S. noch Berner, Theiln. S. 212.

es bei Luden[4]): „der Grund, aus welchem das einheimische Recht denjenigen, der einem Missethäter zur Uebung einer Missethat wissentlicher und gefährlicher Weise einerlei Hülfe ..... thut, gelinder bestraft (p. G.-O. Art. 177), als den eigentlichen Thäter, kann nur in der objectiven Rücksicht liegen, daß in seiner Thätigkeit nicht die Ursache der objectiven Existenz des Verbrechens gefunden werden kann. Denn das Verbrechen würde ungeachtet dieser Thätigkeit nicht hervorgebracht worden sein, wenn nicht der Urheber die Handlung vorgenommen hätte, die es nach dem Gesetze des Causalzusammenhangs zur Existenz bringen müßte" u. s. w. Man kann aber sicherlich die große Bedeutung, welche darin liegt, daß die Handlung des Gehülfen nicht den vollen Thatbestand des Verbrechens, der Handlung des Urhebers ergiebt, hinreichend anerkennen und würdigen und wird dadurch nicht im Mindesten gehindert, auch auf die subjectiven Gründe genügendes Gewicht zu legen, und zwar so, daß man nicht blos überhaupt auf den Willen des Gehülfen, das vom Urheber beabsichtigte Verbrechen zu fördern, sondern auch auf die Qualität dieses Willens Rücksicht nimmt. Und man muß darauf sehen, wenn man sich nicht den wohlverdienten Tadel der Einseitigkeit und Nichtbeachtung unbestrittener allgemeiner Grundsätze (vgl. §. 19) zuziehen will.

§. 73.

Das allein richtige Princip für die Ausmessung der Strafbarkeit des Gehülfen kann nur lauten: Es ist weder das Gewicht allein auf die äußere Wirksamkeit, noch lediglich auf die Absicht zu legen, sondern auf

4) Handb. S. 435. Vergl. auch Kleinschrod, Entwickelung der Grundbegriffe des gem. Rechts. §. 200.

die Absicht, wie sie sich in der Wirksamkeit verkörpert, mit anderen Worten, auf den Charakter der „Handlung“. Denn Urheber und Gehülfe haben zwar beide das Verbrechen gewollt, auch des letzteren Absicht ging dahin, daß das Verbrechen vom Urheber begangen werde, aber rücksichtlich des Motivs sind sie verschieden zu beurtheilen. Die Theilnahme erfordert Gemeinsamkeit der Absicht, keineswegs auch des Beweggrundes und Zwecks, wonach also die Schätzung des bösen Willens sehr verschiedene Ergebnisse liefern kann. Legen wir doch sonst z. B. so viel Gewicht auf die Verführung sowie deren größere oder geringere Macht, die sie in concreto übt.

Im Widerspruch mit allgemeinen Principien des Strafrechts nicht blos, sondern auch mit sich selbst, will Kleinschrod[1]) die Strafbarkeit der Beihülfe nach ihrer Art bestimmen. So meint er z. B., es ergebe sich leicht, daß diejenige, welche sich auf einen Vertrag gründe, strafbarer sei, als eine andere, die ohne Vertrag entstand, und doch läßt sich gewiß nicht verkennen, daß ein dem Urheber ganz unversprochen und unerwartet in einem Augenblicke der Ausführung des Verbrechens, in dem seine geistigen und physischen Kräfte zu erlahmen und zu wanken beginnen, geleisteter Beistand mehr kräftigen kann, als wäre er vorher zugesagt. Andererseits bekundet es unter Umständen einen viel böseren Willen, wenn Jemand proprio motu zur Ausübung einer Missethat beiträgt, als wenn er, langen Vorstellungen des Urhebers endlich nachgebend, seine Mitwirkung zusagt und sie nun, geleitet vielleicht durch falsche Scham vor Wortbrüchigkeit, auch leistet, er wird hier nicht selten seine Thätigkeit bis auf das minimum beschränken, je länger die ihm zum Ueberdenken der Tragweite seines Versprechens und dessen Erfüllung gelassene

1) §. 199. 202 a. a. O.

Zeit war, wogegen derjenige, der sich im Momente der Ausführung des Verbrechens zu einer unverabredeten Unterstützung des Urhebers entschloß, in eifriger Thätigkeit, eben weil er die Folgen derselben nicht überlegte, viel weiter gehen wird. — Ferner wäre nach Kleinschrod die Beförderung vor der Existenz des Verbrechens minder strafbar als die, welche bei dessen Ausführung geleistet wurde und die Haupthandlung selbst betraf. Abgesehen nun davon, daß es eine andere als vorhergehende Beihülfe gar nicht giebt (§. 68) und Beihülfe wenigstens nie in der Vornahme der Haupthandlung bestehen kann, widerlegt sich jene Behauptung durch das einfache Beispiel des Falles, da der zum Diebstahl entschlossene A sich von B die nöthige Instruction, ohne welche er die That gar nicht würde ausführen können, oder den Schlüssel zu dem sonst nicht zu eröffnenden Behältnisse geben läßt, worauf ihm C die zu stehlenden Sachen aussuchen und herausnehmen hilft, die er auch allein hätte nehmen können. Hat hier B nicht wenigstens gleichviel wie C beigetragen zur Ausführung des Verbrechens? Und wie verträgt sich Kleinschrod's Meinung mit der ferner von ihm aufgestellten Behauptung: „Gebe ich dem Diebe die Leiter zum Einsteigen, so nehme ich Theil an einer Nebenhandlung; reiche ich ihm den falschen Schlüssel, womit er den Schrank öffnet, um die Sachen herauszunehmen, so befördere ich die Hauptthat. Bei einer Hülfsleistung zur Haupthandlung vor derselben würde ich die Hälfte der vollen Strafbarkeit annehmen, wenn sie mit gleicher Absicht, die der Hauptverbrecher hat, verbunden ist, eine solche Theilnahme an einer Nebenhandlung würde ich zu einem Drittel zurechnen" u. s. w. Ich bekenne, daß ich hier den Autor nicht mehr verstehe! Im §. 204 sagt er wieder: „Das Wachehalten ist an und für sich nur eine Nebenthat, und doch kann es in manchen Fällen mehr Einfluß auf die Haupthandlung haben, als wenn

der Gehülfe diese zu vollziehen geholfen hätte. Es möchte also eine schwere und unbefriedigende Arbeit sein, im Allgemeinen bestimmen zu wollen, welche Theilnahme die Haupthandlung betreffe oder nicht." Gewiß ist dieses richtig [2]). Es kommt nicht selten dem Urheber wenig darauf an, ob statt 4 oder 5 Personen, mögen sie auch ihren Beistand vorher fest zugesagt haben, nur 3 oder 4 wirklich mit zur Thätigkeit sich einstellen oder thätig werden, indem sich Einer entfernt, wogegen Urheber und Gehülfen sofort aufhören würden, die verbrecherischen Handlungen weiter vorzunehmen, sobald der die Wache Haltende davonliefe, oder jene gar nicht die Ausführung ihres Vorhabens beginnen würden, wenn sich der zum Wachehalten Bestimmte gar nicht an seinen Platz begäbe.

§. 74.

So ziemlich identisch und nach Particulargesetzen [1]) wirklich gleich mit dem Unterschiede der oben besprochenen wesentlichen und unwesentlichen Beihülfe ist die Unterscheidung eines s. g. Haupt- und Nebengehülfen. Als ersteren bezeichnet man den, ohne dessen Zuthun das Verbrechen nicht hätte verübt werden können [2]). Die Frage, was unumgänglich nöthig war, läßt sich im Abstracten gar nicht beantworten, sondern nur nach den individuellen Umständen jedes concreten Falles, nach Orts- und Zeitverhältnissen u. s. w.; aber auch hier wird man sich oft wegen einer bestimmten Entscheidung in Verlegenheit befinden und im Grunde weiter nichts sagen

---

2) Ich deutete dies bereits in §. 76 an.

1) Vergl. z. B. über Preuß. Recht Hälschner S. 338 mit Berner, Preuß. Rechte §. 61.

2) Also namentlich, wer die zur Verübung der Missethat erforderlichen Mittel herbeischaffte, oder die derselben entgegenstehenden Hindernisse beseitigte. Kleinschrod a. a. O. S. 339.

können, als, es habe Jemand viel, sehr viel oder wenig zum Verbrechen eines Andern geholfen. Abgesehen hiervon hat auch die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebengehülfen gar keinen praktischen Werth, sofern man nämlich die Behauptung aufgestellt hat, der erstere sei mit der gleichen oder vollen Strafe des Urhebers zu belegen. Denn wie sehr fördernd auch seine Thätigkeit zur Verübung des Verbrechens gewesen sein mag, aus subjectiven Gründen ist er immer minder strafbar als der Urheber. Der folgende §. zeigt dieses noch deutlicher.

§. 75.

Weil die Beihülfe accessorischer Natur ist, wird man zur Bestimmung der Strafe des Gehülfen dasselbe Strafgesetz zum Grunde legen müssen, welches auf den Urheber Anwendung findet. Damit soll nicht gesagt sein, daß den Gehülfen die gleiche Strafe wie den Urheber treffe; die volle Strafe, und wäre sie auch nur das minimum des im relativ bestimmten Gesetze Angeordneten, kann nie für die Beihülfe zuerkannt werden, sondern immer nur ein Theil dessen, was der Urheber zu erleiden hat [1]); denn seine subjective Strafbarkeit ist nie dieselbe, wie die des Urhebers, andererseits setzt jedes die Begehung eines selbstständigen Verbrechens mit einer Strafe — und wenn es auch nur das minimum innerhalb des aufgestellten Strafrahmens ist — bedrohende Gesetz voraus, daß der zu Bestrafende sein eigenes Verbrechen begangen hat, und der volle objective Thatbestand in Bezug auf ihn vorliege (es wäre denn aus besonderen Gründen das Gegentheil angeordnet).

1) Geib a. a. O. Bd. 2 S. 376. Vergl. die Straf-G.-Bücher von Braunschweig §. 46, Hannover Art. 69, Hessen-Darmstadt Art. 84, Baden §. 136 u. a. m.

Das Ungereimte eines entgegengesetzten, den Gehülfen wie den Urheber voll oder gleich strafenden Princips ist zwar nicht blos von verschiedenen Theoretikern, sondern auch von der Praxis mit Bestimmtheit anerkannt, gleichwohl fehlt es dem Principe noch immer nicht an Vertheidigern, und selbst die neuere Legislation hat sich nicht ganz von ihm frei gemacht. Es hat seiner Einfachheit wegen etwas Verlockendes, dadurch und durch Mißverständniß anscheinend bestätigender Verfügungen des römischen Rechts ließ sich z. B. die französische Gesetzgebung, und nach ihrem Beispiele ließen auch deutsche sich verführen, es mehr oder weniger aufzunehmen. Indeß sammelt man nur die Erfahrungen über das wegen seiner Einfachheit gepriesene französische System, so muß es schon auffallen, daß in Frankreich selbst die angesehensten Schriftsteller [2]) das nothwendig irreführende Zusammenwerfen der

2) Zachariä im Archiv von 1850 S. 266 mit Berufung auf Chauveau und Hélie Faustin (Théorie du Code penal T. I. chap. XI. prooem.): „Il ne faut point s'étonner de ce que le législateur de 1810, au lieu de penetrer dans les entrailles de ces difficultés, au lieu d'éssager quelques distinctions propres à les resoudre, sesoit déterminé à poser une regle absolue, uniforme, par laquelle les complices sont punis sans exception de la même peine que les auteurs même du delit. Cette règle générale, inflexible, sur tous les individus, qui ont participé à l'action criminelle, quelle que soit la part de chacun d'eux, que cette part soit materielle ou morale, principale ou accessoire, legere ou complète, cette règle éludait toutes les difficultés, tranchait toutes les questions, dont cette matière est hérissée; mais repond-elle aux besoins de la justice morale, qui demande des degrés dans les chatimes, quand elle en appercoit dans les crimes. Desgleichen sagt Rossi, Traité de droit pénal Livre II. chap. XXXIV. von der gesetzlich angeordneten gleichen Bestrafung der Theilnehmer: „C'est eviter la difficulté, à l'aide de l'injustice. C'est manquer en même temps aux règles de la prudence et aux exigence de l'interet social. Prononcer contre un complice quelcunque la même peine que contre l'auteur de crime, c'est souvent le moyen dc contraindre

verschiedenartigsten Theilnahme unter einem Ausdrucke „complices“ schwer tadeln, man erfährt auch, daß in allen Gesetzgebungen, die im Allgemeinen den Code als Vorbild nahmen, dies System nicht angenommen wurde, z. B. in den italienischen Gesetzbüchern und in der Belgischen Revision [3]).

Die Preußische Legislation, welche der Französischen nur zum Theil folgte, ist damit in Selbstwiderspruch gerathen. Aufmerksam geworden auf das Unrichtige jenes Systems und bestrebt, Ungerechtigkeiten zu vermeiden, blieb man auf halbem Wege stehen. Die besten Juristen Preußens haben dieses eingesehen [4]). Der §. 35 des Str.-G.-B. bestimmt für jeden Theilnehmer (vergl. §. 34) als ganz allgemeine Regel die Anwendung desselben Gesetzes, welches auf den Thäter Anwendung findet. Nun heißt es in §. 35 weiter: „Wird festgestellt, daß im Falle des §. 24 Nr. 2“ (wo von der als Beihülfe sich charakterisirenden Theilnahme die Rede ist,) die Theilnahme eine nicht wesentliche war, so sind nachstehende Bestimmungen maßgebend:

1) Statt der Todesstrafe oder ausschließlich lebenslängs-

---

les tribunaux a ne pas declarer constant le fait de complicité. C'est encore un des cas ou l'on arrive à l'impunité par la voie de la terreur.“ S. noch Ortolan, élémens du droit pénal p. 575 und was Mittermaier in Goldtammer's Archiv Bd. 7 S. 33 sagt.

3) Mittermaier in Goltdammer's Archiv Bd. 7 S. 33 Note 8: „Dies findet sich schon im Napoleon'schen codice für das Königreich Italien Art. 75—84. Die Herabsetzung der Strafe der complice geschieht um 1 bis 2 Grad. Der Sardinische Codex Art. 107—110 unterscheidet agenti principali und complice, der erstere leidet gleiche Strafe, wie der Thäter, bei dem zweiten wird die Strafe um 1 bis 3 Grade herabgesetzt. Das Toskanische Gesetzbuch unterscheidet autori (zu denen auch der Anstifter gezählt wird) und auxiliator (Gehülfe), bei dem die Strafe immer herabgesetzt wird (bei den mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen Zuchthaus von wenigstens 10 Jahren).“

4) Man vergleiche Goltdammer a. a. O. Bd. 2 S. 525, Hälschner a. a. O. S. 339. 340.

lichen Zuchthausstrafe tritt zeitige Zuchthausstrafe von mindestens sechs Jahren und Stellung unter Polizeiaufsicht ein.

2) In allen übrigen Fällen kann die Strafe bis auf die Hälfte des niedrigsten Maßes der auf das Verbrechen oder Vergehen angedrohten Freiheitsstrafe und Geldstrafe ermäßigt werden.

Hält bei einem mit Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen der Richter bei dieser Ermäßigung eine kürzere als zweijährige Freiheitsstrafe für angemessen, so ist nicht auf Zuchthausstrafe, sondern auf Gefängnißstrafe und auf zeitige Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte zu erkennen.

Abgesehen davon, daß die Unterscheidung zwischen wesentlicher und unwesentlicher Theilnahme den oben gedachten Bedenken unterliegt, einer irrigen Doctrin angehört, ohne daß ihm, wie Mittermaier treffend bemerkt, im Sprachgebrauche des Volks ein fester Begriff entspricht, abgesehen davon, daß man auch über den Sinn, in welchem der Gesetzgeber in Preußen den Ausdruck braucht, in den von der Preuß. Kammer gepflogenen und sonstigen Verhandlungen vergebens eine sichere Grundlage sucht[5]), und derselbe wegen seiner Vieldeutigkeit nur zu leicht dahin führen wird, in der Praxis bei den meisten Fällen wesentliche Beihülfe anzunehmen[6]), — muß doch gewiß Jedem die Inconsequenz auffallen, wenn unwesentliche und wesentliche Theilnahme nach einem richtigen und unrichtigen Princip bestraft wird. Was in der Theorie richtig ist, das muß auch in der Praxis durchgeführt werden. Aber noch mehr! „Die mit der härtesten Strafe bedrohten Verbrechen werden ebendeshalb bei Feststellung unwesentlicher Theilnahme milder bestraft als die nur mit relativen Strafen bedrohten

5) Mittermaier a. a. O. S. 34, Hälschner a. a. O. S. 338 ff.

6) Hälschner a. a. O. S. 338 Not. 14.

Verbrechen, selbst wenn der Richter die ihm unbedenklich zustehende Befugniß übt mit Rücksicht auf die wesentliche Hülfe auf den niedrigsten Grad der besetzlichen Strafe herabzugehen. So wird der Landesvorrath in §. 69 in einzelnen Fällen mit Todesstrafe bedroht, im §. 71 mit 5- bis 20jähriger Zuchthausstrafe. Im ersteren Falle ist also die Feststellung unwesentlicher Theilnahme zulässig, und die Strafe kann alsdann, wenn eine solche erfolgt, nach §. 35 auf 2 Jahre ermäßigt werden, in dem 2. geringern Falle dagegen kann eine solche Feststellung nicht erfolgen, oder wenn sie erfolgt, sowie überhaupt, wenn der Richter auch ohne sie nur eine geringe Hülfe des Theilnehmers findet, ist die Ermäßigung nur bis auf 5 Jahre zulässig. Nun treten außerdem die mildernden Umstände hinzu; im erstern Falle gestatten sie nach §. 35 ein Herabgehen bis auf 2 Jahre Gefängniß; im zweiten Falle sind sie dagegen unzulässig, da der §. 71 sie nicht enthält [7])".

In andern Particulargesetzen [8]) ist die Strafe des Gehülfen quotenmäßig in der Weise fixirt, daß z. B. gesagt ist, sie soll 1/2, 1/3 oder 1/4 der Strafe des Urhebersbetragen oder wenigstens resp. höchstens diese oder jene erreichen. Es ist aber auch dieses meines Erachtens nicht das Richtige. Wenn z. B. ein Gesetz 1/4 der Strafe des Urhebers auf Beihülfe setzt oder sagt, es könne bis auf 1/4 hinabgegangen werden, so ist bei Lichte betrachtet damit gesagt, oder liegt doch der Gedanke zu

---

7) S. noch andere Fälle in Goltdammer's Archiv Bd. 2 S. 524.

8) Z. B. Art. 55 des Strafgsb. für das Königr. Sachsen: „Die Strafe der Beihülfe richtet sich nach der im Gesetze angedrohten Strafe derjenigen That, zu welcher die Beihülfe geleistet wurde.

Sie soll bei der nahen Beihülfe stets niedriger als der Höchstbetrag dieser Strafe, aber nicht niedriger als auf ein Dritttheil des Mindestenbetrags des letzteren, bei der entfernten Beihülfe nicht höher als auf die Hälfte jenes Höchstbetrags bestimmt werden" u. s. w.

Grunde, die Schuld des Gehülfen sei höchstens $^1/_4$ oder wenigsten $^1/_4$ so groß als die des Urhebers. Läßt sich nun schon das Maß dessen, was Jemand objectiv durch seine Hülfe zu dem von einem Andern begangenen Verbrechen beitrug, nicht mathematisch genau ausdrücken, so sieht es um eine nach Zahlen zutreffende Bestimmung der subjectiven Strafbarkeit noch mißlicher aus. Danach kann immerhin im concreten Falle $^1/_4$ eine zu schwere und gelinde Strafe sein. Deßhalb sollte man die Strafzumessung, wie bei den Römern[9]), gänzlich dem arbitrio judicis überlassen. Ich bin weit entfernt, zu leugnen, daß die Zahl im Strafrechtsgebiete ihre große Bedeutung hat und sich geometrische Linien durch die verschiedenen Partieen ziehen müssen, nur soll man nicht weiter darin gehen, als nothwendig[10]) ist. Eine Nothwendigkeit quotenmäßiger Festsetzung der Strafe durch die Gesetze in der uns hier vorliegenden Frage muß nun entschieden geleugnet werden, denn es genügt vollkommen zur Verhinderung richterlicher Excesse im Urtheilen, wenn wir den Satz festhalten, daß das auf den Urheber sich beziehende Gesetz für die Bestimmung der Strafe des Gehülfen die Grundlage bilde, gleichwohl dieselbe nur stets ein Theil der dem Urheber gedrohten sein könne, und uns daneben der Sätze des corpus jur. civ. erinnern, welche bestimmen, daß wir „pro personarum conditione et rerum

---

9) Vergl. §. 17. 18. 19. 20 und 78.

10) Die Sache liegt hier ganz anders, als wenn ein Strafgesetz auf ein Verbrechen für dessen Urheber ein Maximum oder Minimum setzt, denn hier muß man allemal mit Bestimmtheit, wieviel der zu Bestrafende gethan haben weiß, um innerhalb dieses Strafrahmens auf eine bestimmte Strafe zu erkennen, m. a. W. ein bestimmter Anhaltspunkt ist hier gegeben durch die Voraussetzung Alles dessen, was zum Thatbestande gehört.

Man kann nicht einwenden, daß auch die Strafe des Versuchs nach Quoten bestimmt wird. Ob solches ein richtiges Princip ist, läßt sich

qualitate, pro qualitate admissi etc. unser Urtheil fällen sollen. Dann giebt uns der Totaleindruck einen richtigen Ausschlag, der sich nicht arithmetisch ausrechnen läßt, sondern das Ereigniß einer Reihe von in's Einzelne gehenden Rücksichten ist, die sich von Einem in's Andere unberechnenbar weiter ziehen und ebendeßhalb durch kein Exempel bewältigen lassen, „Das richterliche Ermessen entscheidet hier nur aus dem juristisch gebildeten Gewissen [11])".

Wäre der Totaleindruck nicht das Letzte, so könnten wir der Richtercollegien entbehren, überall Einzelrichter statt ihrer entscheiden lassen und die Judicatur wäre am Ende nur die Lösung eines Rechnungsexempels!

§. 76.

Die Strafe des Gehülfen kann der des Urhebers nahe, aber nie gleich kommen. Sie wird, abgesehen von subjectiven Gründen, eine annähernde oder sich entfernende sein, je nach dem Grade der Thätigkeit des Gehülfen, d. h. jenachdem diese einen größern oder geringern Einfluß auf die Hervorbringung des Verbrechens äußerte [1]). Aus der accessorischen Natur der Beihülfe folgt aber, daß auch der, welcher zu einem nicht vollendeten Verbrechen die volle von ihm gewollte oder versprochene Hülfe leistete, immer geringere Strafe bekommt, als hätte der Urheber sein Verbrechen vollendet. Allerdings war es hier etwas vom Gehülfen ganz Unabhängiges, daß das Verbrechen nicht zur Vollendung gelangte, aber

---

noch bezweifeln, andererseits ist die Analogie der Versuchsstrafe deshalb nicht zutreffend, weil meine Ansicht in Betreff der Strafe der Beihülfe durch zahlreiche, klare Aussprüche der gemeinrechtlichen Quellen unterstützt wird.

11) Berner, Theiln. S. 226.

1) Geib a. a. O. Bd. 2 S. 377.

es bleibt doch immer wahr, daß die Theilnahme als accessorium sich auf ein principale bezog, welches in objectiver Beziehung geringer wiegt als die Vollendung. Und hierzu kommt noch, daß subjectiven Gründe den Gehülfen stets weniger strafbar erscheinen lassen als den Urheber.

§. 77.

Wir haben bislang von den Gründen der Strafbarkeit gesprochen, welche der Beihülfe eigenthümlich angehören. Um nun im concreten Falle eine richtige Strafbestimmung zu treffen, müssen auch noch die allgemeinen Strafzumessungsgründe in Anwendung kommen, die überhaupt für jede verbrecherische Handlung gelten [1]. So läßt der böse Wille, welcher der Gehülfenthätigkeit zum Grunde liegt, gar verschiedene Beurtheilung zu, jenachdem Verführung (und welche Stärke derselben) angewandt ist, um ihn zu provoviren, oder solches nicht der Fall war. Im Hinblick auf die Intensität und Verwerflichkeit der Willensbestimmung kommt besonders viel auf die Motive an, welche der Gehülfe hatte, und danach allein schon wird seine Strafbarkeit eine mannigfach abgestufte sein können. Wer z. B. durch Mitleid bewogen die Befreiung eines Gefangenen unterstützt, steht sicherlich an Strafbarkeit weit hinter dem, der seinen Beistand um Lohn gewährte. Desgleichen spricht die Individualität der Person mit, so daß der jugendliche Gehülfe im Vergleiche zu dem in gereiften Jahren befindlichen weniger strafbar erscheint, ebenso ein einfältiger im Vergleiche mit einem geistig begabteren, insonderheit wo es sich um Unterstützung der Ausführung eines fein angelegten Planes handelte.

---

1) Luden, Handb. S. 402 Not. 4.

§. 78.

Ich habe mich mehrmals auf römisches Recht berufen und wiederhole nochmals, daß Alles, was ich behauptet habe, durch dessen Bestimmungen bestätigt wird, insonderheit durch die oft allegirte L. 2 D. 47. 21 [1]).

Aus dieser Stelle sehen wir zunächst, wie die Römer bei Bestimmung des Begriffs der Beihülfe vom subjectiven Standpunkte ausgingen, die Strafe wird „ex mente facientis" zugemessen [2]), und genau unterschieden zwischen dem, der seine eigene, und dem, der eine fremde, von ihm beförderte Absicht verfolgte, m. a. W. zwischen Urheber und Gehülfen. Jenen trifft die Relegation, deren Dauer sich nach dem Alter des Delinquenten richtet, dieser kommt mit körperlicher Züchtigung und kurzer öffentlicher Strafarbeit davon, vorausgesetzt, daß er wirklich und nicht nur scheinbar Beihülfe leistete. Es ist nämlich recht wohl denkbar, daß Jemand zu Gunsten eines Andern und ohne materiellen Nutzen für sich selbst die hier in Rede stehende Handlung vornimmt, ohne einen bloßen Gehülfen zu spielen [3]). Offenbar bilden diejenigen, qui alii negotium gesserunt, den Gegensatz zu denen, welche occupandorum alienorum finium causa, d. h. im eigenen Nutzen delinquirten. Der Beisatz „et ministerio functi sunt" ist gemacht, um einer Verwechselung scheinbar gleicher, aber in Wahrheit ganz verschiedener Fälle vorzubeugen, daher wird recht deutlich hervorgehoben, daß der Delinquent, um Anspruch

---

1) S. die Worte oben auf S. 80.

2) Auch ex conditone personae, nach Verschiedenheit des Standes, eine Rücksicht, die für uns keine Bedeutung mehr hat.

3) Auch in dem deutschen corpus juris von Sintenis u. s. w. ist übersetzt: „haben aber andere die Geschäfte (der Betheiligten) geführt und damit nur einen Dienst verrichtet, so sollen sie gezüchtigt und zwei Jahre lang zu öffentlicher Strafarbeit verurtheilt werden", u. s. w.

auf mildere Bestrafung zu haben, in der Rolle des bloßen Gehülfen erschienen sein muß. Versetzt nämlich Jemand, der nicht in der Lage ist, dadurch zu lucriren, den Grenzstein, so nimmt seine Handlung den Anschein einer in fremdem Interesse eines Grundnachbarn vorgenommenen an, während dennoch der Verbrecher ohne alle Rücksicht auf den durch die Grenzverrückung Gewinnenden gehandelt haben kann, z. B., wenn er Jemanden aus Rache oder Muthwillen durch den aus der Versetzung des Steins hervorgehenden Verlust an Grund und Boden zu schaden suchte. Daß er hier als Urheber dasteht und gar kein vernünftiger Grund zu milderer Bestrafung gedacht werden kann, liegt auf der Hand. Ganz dasselbe Verhältniß findet aber auch statt, wenn er den Grenzstein verrückt mit Rücksicht auf den, der dadurch gewinnt, welches besonders deutlich wird, wenn wir uns den Verbrecher als einen proprio motu (z. B. um einem Andern im Stillen nützlich zu sein, oder ihm eine Gefälligkeit zu erweisen oder in der Hoffnung auf Belohnung) handelnden vorstellen. Obgleich hier an einen Andern gedacht ist, dem der Erfolg des Verbrechens zu Gute kommen soll, verfolgt doch unzweifelhaft der Verbrecher seine eigene Absicht. Und selbst, wenn wir uns ihn als Urheber und durchaus nicht als Gehülfen denken, weil hier die Annahme, daß er das Verbrechen als ein fremdes gefördert hätte, wie oben bemerkt wurde, durch die That widerlegt sein würde.

§. 79.

Die Römer haben also den subjectiven Standpunkt wohl im Auge behalten und es ist eine ganz ungegründete Behauptung, daß nach römischem Rechte der Gehülfe, jenachdem er sich an der Verübung des Verbrechens unmittelbar betheiligt oder nicht, jenachdem seine Theilnahme eine „nahe oder ent-

fernte" war, die Strafe des Urhebers oder eine viel geringere erhält. Man führt als dieses aussprechende Stellen L. un C. de rapt. virg. und L. 36 §. 1 D. de furt. an und behauptet dann doch wieder, es scheine aus andern Stellen hervorzugehen, „als ob auch die entfernten Theilnehmer als Miturheber" angesehen seien.

Stübel[1]) beruft sich dabei auf L. 6 §. 2 D. ad L. Jul. pecul. Nov. 134 c. 10, Matthaeus lib. 48 c. 4 und 19. L. 54 §. 4 D. de furt. L. 1 de receptat. L. 8 und 9 ad L. Jul. de adult. L. un C. de crim. pecul. L. 9 C. ad L. Jul. de vi, bemerkt übrigens, man sei nicht genöthigt, ihnen den strengen Sinn unterzulegen. Denn, sagt er wörtlich[2]), „es ist erstlich in Ansehung einiger nicht bestimmt, ob von einer Hülfe die Rede sei, die vor und nach oder während einer That geleistet worden. Und warum soll man da nicht das Letztere als das Vernüftigere annehmen? Zweitens werden oft in den streitigen Gesetzen der physischen Hülfleistung noch andere Umstände, welche den Begriff eines intellectuellen Miturhebers begründen, beigefügt oder wenigstens dabei vorausgesetzt, da z. B. der entfernte Theilnehmer zugleich der Verführer oder gar ein Mitgeschworner oder Mitglied eines Complotts ist, und die gleichen Strafen können sich auch darauf beziehen[3]). Drittens macht auch noch, nach den in den Gesetzen beigefügten Beispielen, die entfernte Theilnahme, welche ebenso hart

1) Thatbestand der Verbr. S. 36 ff.

2) S. 54. Dabei werden beispielsweise und unter Berufung auf Mathaeus (lib. 48 tit. 18 c. 4 und 19) citirt L. 6 §. 2 D. ad L. Jul. perur und Nov. 134 c. 10.

3) „Von der Art sind (heißt es in Not. c. S. 54) L. 54 §. 4 D. de furt. L. 1 D. de receptat. L. 8 und 9 §. 2 D. ad L. Jul. de vi und andere, deren Kleinschrod gedenkt, System Entw. Theil 1 §. 206 in der Note."

bestraft werden soll, als die Handlung des Verbrechens, zugleich eine volle oder Haupttheilnahme aus [4])" u. s. w.

Stübel hat in dem Gesagten theilweise Recht, aber es ist weder von Unrichtigkeiten frei noch zureichend. Zunächst muß ich in Ansehung aller Citate, in welchen von Privatdelicten die Rede ist (und sie bilden die Mehrzahl von denen, die dem Autor schwierig vorkommen) unter Hinweisung auf meine Ausführungen in §. 14 bemerken, daß sie aus dem Kreise dessen, was hier in Frage steht, ausgeschieden werden müssen. Dasselbe gilt von den Stellen, die schon in §. 20 ihre Erklärung erhalten haben, desgleichen von denen, welche von receptatores handeln, denn es würde hier ein eignes selbstständiges Verbrechen bezw. eine der richtigen Ansicht nach überhaupt nicht als Theilnahme erscheinende Begünstigung vorliegen. Sodann scheint mir aber sehr bedenklich, daß Stübel [5]), — wenn ich ihn recht verstehe — in das römische Recht den Unterschied von s. g. naher und entfernter Theilnahme, wie ihn manche Criminalisten unserer neuen Zeit gemacht haben, hineinlegt, an den die Römer meines Erachtens ebensowenig gedacht haben als an einen danach berechnenden allgemeinen Satz der Strafzumessung, dem zufolge die nahe Theilnahme stets die volle Strafe des Thäters, die entfernte eine gelindere Strafe nach sich zöge. Gewiß wurde oft derjenige als strafbarer behandelt, der — mit Stübel zu reden — bei oder während der Vollbringung des Verbrechens sich betheiligt hatte, als derjenige, welcher vor oder nachher dieses that, der selbst nicht „unmittelbar bei der Handlung eines Verbrechens Hand anlegte;" aber daß es unter allen Umständen so gehalten sei,

---

4) Als Beispiele werden angeführt §. 11 I. de oblig. quae ex del. L. 50 §. 4 D. de furt.

5) Vergl. §. 49. 1.

kann ich nicht concediren. Und wenn auch dafür angeführte Stellen es wirklich ergeben, so hat das allemal seine ganz besondern Gründe.

Man wird nie über die Schwierigkeiten hinauskommen, wenn man nicht stets zweierlei vor Augen hat:

einmal, daß die Römer ein großes Gewicht legen auf das Maß dessen, was Jemand zur Hervorbringung des strafbaren Erfolgs beitrug (effectus), und

zweitens, daß der extra ordinem erkennende Richter die Strafe stets unter Berücksichtigung aller Umstände des concreten Falls festsetzte. Daraus läßt sich erklären, daß die Beihülfe, wenn sie einen hohen Grad der Wirksamkeit erreicht hatte, so daß sie gleichsam auf der Grenze der Urheberschaft lag, wenn freilich nicht unzweifelhaft in's Gebiet der letzteren fiel, wohl gleich strafbar, wie diese scheinen konnte, und für ganz unbedenklich mochte man diese gleiche Behandlung halten, wenn ein oder der andere verstärkende Grund noch hinzutrat. So erklärt sich z. B. der Fall der mehr erwähnten L. un. §. 2 C. de raptu virg. Das Verbrechen, um welches es sich hier handelt, wird schwerlich Jemand ohne die Unterstützung eines oder mehrerer Andern ausführen können, die theils und hauptsächlich zur Ueberwindung des von der rapienda oder den Ihrigen zu erwartenden Widerstandes, theils zur Beseitigung anderer Hindernisse mitgenommen werden[6]). So leicht es sich nun ereignen kann, daß bei Ausführung des Verbrechens die Thätigkeit einer dieser Personen die des raptor übersteigt und wohl gar die Haupthandlung ausmacht, wodurch der

6) Schon das bloße Erscheinen der comites, satellites kann sehr förderlich sein, indem gar kein Widerstand versucht wird, weil die zu raubende Person oder ihre Umgebung bei der großen Anzahl der comites an allem Erfolge der Widersetzung verzweifelt, oder der plötzliche Schreck sie nicht daran denken läßt.

Handelnde der Sphäre der Beihülfe entrückt würde, ebenso schwer, ja! unmöglich wird es in manchen concretem Falle, zu ermitteln, wie weit die von einem comes entwickelte Thätigkeit und deren Effect ging, so daß man vorkommenden Falles ebenso gut zu dem Schlusse auf Miturheberschaft und gleiche Strafe, als auf Beihülfe und gelindere Behandlung des comes kommen kann[7]). Kein Wunder also, daß unsere lex cit. unter solchen Umständen gleiche Strafe verordnet, wenn noch die mehrfach hervorgehobene Größe, Schädlichkeit[8]) und das öftere Vorkommen des Verbrechens sowie der Gedanke, durch Drohung schwerer Strafe[9]) dem fernern Vorkommen desselben möglichst zu begegnen, als verstärkender Grund hinzukommen[10]).

Ebenso läßt sich denken eine negative Beihülfe von der Art, daß ohne sie das Verbrechen wohl kaum möglich werden würde. Ein solcher Fall kommt vor in L. 1 §. 2 D. 47. 11[11]). Thäten hier die Personen, denen der junge Mensch anvertraut ward, ihre Schuldigkeit, machten sie Lärm oder widersetzten sie sich thätlich, oder entfernten sie sich nicht oder verhielten sie sich nur nicht ganz passiv, so würde das Verbrechen wohl ganz unterbleiben müssen, indem der Wol-

---

7) Man vergl. Berner, Grunds. des Preuß. Strafrechts §. 61.

8) . . . . . . quod non solum etc. . . . . maxime quum virginitas vel castitas corrupta restitui non possit.

9) . . . . . „Ne igitur sine vindicta crescat talis insania sancimus“ etc. Die ganze Constitution läßt erkennen, daß das Verbrechen überhand zu nehmen drohte.

10) Nicht jeder comes soll mit der angedrohten Strafe belegt werden, sondern es heißt ausdrücklich: „in ipsa invasione inventus et crimine adhuc flagrante deprehensus“. Dieses kann aber freilich auf den Urheber ebenfalls gehen.

11) „Qui puero stuprum, abducto eo vel corrupto comite, persuaserit. — — — — perfecto flagitio punitur capite etc. . . . . . corrupti comites summo supplicio afficiuntur.“

lüstige gar nicht wagte, zur Ausführung zu schreiten oder die zu schändende Person sich nicht dazu hergäbe, oder der Begleiter derselben die Ausführung mit Gewalt verhinderte. Sieht man danach, wie viel vom Benehmen, von der bloßen Entfernung des Begleiters abhängt, so werden wir es nicht auffallend finden, daß in unserer Stelle von der gleichen Strafe des stuprator und des comes corruptus die Rede ist, wenn wir berücksichtigen, daß außerdem gravirend hinzutreten die Bestechung, die dadurch hervorgerufene Täuschung des Vertrauens und die Verletzung eines besondern Treuverhältnisses [12]). Man wird mir hoffentlich nicht einwerfen, ich legte in das römische Recht einen Satz, dem zufolge es darauf angekommen wäre, ob der Gehülfe ein s. g. Hauptgehülfe wäre, welchen Falles ihn gleiche Strafe mit dem Urheber treffen müßte. Dagegen muß ich durchaus protestiren. Ein dergleichen allgemeines Princip findet sich im römischen Rechte gewiß nicht, wie ich denn in Wahrheit auch unsere beiden Fälle gar nicht lediglich nach der Rücksicht, daß ohne die Mitwirkung des Gehülfen das Verbrechen nicht hätte ausgeführt werden können, entschieden habe. Die Römer waren viel zu praktische Leute, als daß sie sich durch Aufstellung bestimmter Classen von Gehülfen und danach formirte, feste, überall zur Anwendung zu bringende Regeln der Strafzumessung die Hände gebunden hätten [13]), dabei wäre ja auch die freie Stellung nicht möglich

12) Daß solche Rücksichten zu der Strafbestimmung mitwirkten, ergiebt sich schon daraus, daß derjenige, der das Verbrechen begehen will, möglicherweise („imperfecto“ flagitio) gelindere Strafe erhält als der comes. Bei der Häufigkeit des Verbrechens war es wichtig, junge Leute nicht ohne Begleiter zu lassen, auf die man sich verlassen konnte, der Mißbrauch des Vertrauens mußte mithin im hohen Grade strafbar erscheinen.

13) In dem Falle des s. g. Hauptgehülfen kommt ein bezeichnender

gewesen, die der Richter in extraordinario judicio einnahm[14]).

§. 80.

Daß das canonische Recht Urheber und Gehülfen regelmäßig mit gleicher Strafe belege, wird man niemals behaupten können, wenn man annimmt, daß dasselbe vom subjectiven oder objectiven Standpunkte aus, oder aber von beiden zugleich die Verbrechen mit Strafe belege. Ich erinnere an Alles, was in dieser Beziehung früher bei Gelegenheit der Darstellung der römisch-rechtlichen Bestimmungen vorgekommen ist, und habe gegenwärtig zunächst blos zu untersuchen, ob sich im canonischen Rechte nur die Berücksichtigung des subjectiven oder auch des objectiven Verhältnisses wahrnehmen läßt. Hier tritt uns der auffallende Umstand entgegen, daß die Juristen, welche Ersteres annehmen, sich auf dieselbe Stelle zu berufen pflegen, welche die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung für sich anführen, nämlich das schon oft besprochene c. 6 X. 5. 12.

So erklärt Köstlin, mit Unrecht werde häufig angenommen, daß die im deutschen Rechte sich findende Ansicht, der zufolge nicht alle Theilnehmer gleich zu strafen seien und bei verschiedenen physischen Theilnehmern nach dem Maße ihrer

---

Ausdruck bei den Römern vor in den Worten: causam delicti praebere". Vergl. Birnbaum in Archiv v. 1842 S. 34 mit der Bemerkung: „Vielleicht wurde aus demselben Grunde is, qui domum suam, ut adulterium fieret, praebuit, gleichsam als causam praebens adulterio ebenso wie der Ehebrecher quasi adulter gestraft, nach L. 8 D. ad L. Jul. de adult., obschon in solchen Fällen wohl nicht unter allen Umständen gesagt werden kann, ohne jene Handlung hätte das Verbrechen nicht begangen werden können."

14) Daß der Fall des s. g. Hauptgehülfen mit der Strafe des Urhebers belegt worden ist, leugne ich nicht, wohl aber, daß es regelmäßig so sein mußte.

Wirksamkeit unterschieden werden müsse, auch vom canonischen Rechte adoptirt worden sei.

Denn die betr. „Stelle“ (c. 6 X. de homic. 5. 12) lege nicht auf das Maß der äußern Wirksamkeit das Gewicht, sondern auf den animus; sie vermittele also die deutsche Ansicht mit der römischen, indem sie geringere Strafbarkeit für diejenigen ausspreche, welche das Verbrechen nicht für sich als ihre That begehen, sondern nur Andere in dessen Begehung unterstützen wollen. Wie sehr das canonische Recht gerade auf den animus des Theilnehmers als die Hauptsache sehe, zeigen seine Bestimmungen über Anstiftung, Genehmigung und dolose Nichtverhinderung [1]). Weiter in's Einzelne geführt sei der Vermittelungsproceß durch die namentlich den einseitig moralischen Standpunkt des canonischen Rechts mehrfach beschränkende italienische Doctrin, welche im Wesentlichen die Sätze aufstelle, daß ein Unterschied zu machen sei zwischen intellectueller und physischer Theilnahme. Bei jener sei Mandat und consilium zu unterscheiden und ersteres stets, letzteres dann mit der poena ord. zu belegen, wenn der Thäter außerdem nicht zur That geschritten wäre.

Bei der physischen Theilnahme seien Urheber und Gehülfen zu unterscheiden und bei letzteren wieder die den Urhebern gleichzustellenden, qui causam praebuerunt, von den andern. Uebrigens seien im Falle des Complotts auch die letztern den Urhebern gleich zu strafen [2]).

---

1) Hier werden citirt c. 1 und 3 de hom. in VI (5. 4.) c. 5 de poen. VI (5. 9.) c. 6 §. 3. c. 18 X 5. 12. c. 55 C. 7. 2 qu. 7. c. 7 und 11 C. 23 qu. 3 c. 23 in VI de sent. excomm. (5. 11). Clarus §. 1 in qu. 87 n. 3.

2) Gandinus l. c., Clarus §. f. in. n. 88 — 90, Farinacius qu. 96. 129 — 132. Vergl. Damhouder c. 133.

Ich behalte mir vor, auf die in Betreff der italienischen Juristen von Köstlin gegebenen Mittheilungen, die offenbar viel zu kurz sind, um vom Leser verstanden zu werden, demnächst zurückgekommen. Hören wir vorerst einmal die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht. Henke[3]) lehrt zunächst: Gehülfen „können — obgleich sie sämmtlich mit einer geringeren Strafe, als die des Urhebers ist, zu belegen sind, welche von der Strafe des Urhebers bei allen und jeden Verbrechen in gleichem Abstande entfernt sein muß, — dennoch unter sich wiederum an Strafbarkeit sehr verschieden sein, jenachdem sie mehr oder weniger zu der Entstehung des Verbrechens beigetragen, oder jenachdem sie in subjectiver Hinsicht mehr oder weniger strafbar sind", und in einer Note fügt der Autor dann bei: „Das canonische Recht (c. 6 X. de homicidio) und die Carolina (Art. 177) stellen die Regel auf, daß Gehülfen gelinder zu bestrafen seien, als die Urheber".

Bei Hälschner[4]) heißt es: Die betreffenden Stellen des corp. jur. can. ergeben nicht nur eine genauere Unterscheidung der Beihülfe und Urheberschaft, der verschiedenen Formen der Miturheberschaft, sowie der Begünstigung, sondern auch den durchgreifenden Grundsatz, daß bei allen diesen Formen der Theilnahme eine Verschiedenheit der Schuld und Strafe zu berücksichtigen sei. Zum Beweise dieser Behauptung wird c. 6 X. de homic. (5. 12) mit dem Zusatze citirt: „Gerade diese Stelle zeigt, daß auch in Betreff des canonischen Rechts zu viel Gewicht auf dessen s. g. subjectiven Standpunkt gelegt wird, denn nicht blos der animus, wie Köstlin, Syst. S. 274 sagt, sondern auch die Art und das Maaß der Thätigkeit entscheidet, c. 1. 3 de homicid. in VIto 5. 4. c. 5 de poen. in VIto 5. 9. c. 2 qu. 3. c. 7. 11."

3) Criminalrecht §. 76.

4) System des Preußischen Strafrechts. Bonn 1858. Th. 1 S. 303.

Und so ist es in der That, so würde man schon urtheilen müssen, wenn man weiter keinen Beweis hätte, als die mehrfach erwähnte Stelle aus Gratian (c. 19 C. 33 qu. 3 de poenit. dist. 1) und insonderheit lassen die Ausdrücke des c. 6 X. 5. 12: „quantitas delicti" — „circa manuum injectionem" — „si .... mors secula fuisset" — „opem ferrent, si forte per aliorum violentiam impedirentur" mit größter Bestimmtheit eine Berücksichtigung der Art und des Maaßes der Mitwirkung und deren Erfolgs erkennen. Einen genauen Unterschied rücksichtlich der Thätigkeit der Theilnehmer macht auch eine Stelle des Concil. Trident., obwohl solches nach den Eingangsworten derselben (denen zufolge der immer mehr um sich greifenden Gewohnheit des in Frage stehenden Delicts durch möglichst strenge Strafdrohungen entgegengewirkt werden soll,) kaum zu erwarten wäre. In sess. 24 c. 19 ist von Bestrafung des Duells die Rede und gesagt, welche Strafe die Duellanten und Secundanten[5]) zu befürchten haben:

> „Excommunicationis ac omnium bonorum suorum praescriptionis, ac perpetuae infamiae poenam incurrant, et ut homicidae juxta sacros canones puniri debeant. Et si in ipso conflictu decesserint, perpetua careant ecclesiastica sepultura."

Dagegen heißt es in Betreff von Gehülfen:

> „Reges, duces, principes ... et quocunque alio nomine domini temporales, qui locum ad mono-

---

5) Diese sind wohl (wenn auch nur in gewissen Fällen) als Mitkämpfende resp. Cartellträger und Anreizende, oder als solche Personen gedacht, ohne deren Mitwirkung das Verbrechen gar nicht begangen sein würde. (Daß ein Duell ohne Secundanten nach heutiger Sitte des Zweikampfs viel gefährlicher ist, als wenn Secundanten zugezogen werden, kommt nicht in Betracht, ist auch in den Gesetzgebungen neuerer Zeit nicht einmal gehörig gewürdigt.)

machiam in terris suis inter Christianos concesserint, eo ipso sint excommunicati ac jurisdictione et dominio civitatis, castri, loci, in quo, vel apud quem duellum fieri permiserint, quod ab ecclesia obtinent, privati intelligantur: et si feudalia sint, directis dominis statim acquirantur."

Sie erleiden also nicht praescriptionem omnium bonorum, werden nicht infam, nicht als homicidae behandelt. — Bloße Zuschauer [6]) endlich werden mit derselben Strafe wie solche Gehülfen, die durch ihren Rath zur Begehung des Verbrechens beitrugen [7]), bedroht, aber diese Strafe ist eine andere, als die vorhin beschriebenen:

„excommunicationis ac perpetuae maledictionis vinculo teneantur."

§. 81.

Durch das Vorstehende dürfte zur Genüge jeder Glaube an die gleiche Behandlung von Gehülfen und Urheber erschüt-

---

6) Diese können als negative Gehülfen angesehen werden, wenn sie in der Lage sind, den Zweikampf zu verhindern und es absichtlich nicht thun (vergl. den folgenden §.), ihre Schuld ist aber offenbar eine geringere, als die der vermöge ihrer Stellung und facultas prohibendi ausgezeichneten duces, reges, principes u. s. w. Andererseits läßt sich nicht verkennen und wird z. B. in den Schriften des Farinacius nicht verkannt, daß durch der Zuschauer Anwesenheit die Kämpfenden zu erhöhter Bosheit, Tapferkeit u. s. w. und dadurch gemehrter Gefährlichkeit des Duells beitragen können und meistens werden.

7) Auf Anstiftung können die Ausdrücke „consilium dederint, suaserint" nicht bezogen werden, denn sonst würde die Strafe zu gering erscheinen. Es läßt sich aber auch sehr wohl eine Hülfsleistung durch Rathschläge denken, indem z. B. der den einen Theil genau kennende Rathgeber den andern auf des Ersteren Fehler und Schwächen bei Führung der Waffe, auf körperliche Gebrechen u. s. w. aufmerksam macht, und sonst noch in verschiedener Weise, welche hier nicht erörtert werden kann.

tert sein. Als Regel ist vielmehr das Gegentheil anzunehmen. Ausnahmen sind dabei nicht ausgeschlossen. Trotzdem machen die Bestimmungen der s. g. negativen Theilnahme, welche im corp. jur. can. vorkommen, einige nicht unerhebliche Schwierigkeiten, daher hierüber schließlich noch zu reden sein wird.

Man hört oft behaupten [1]), das canonische Recht habe ganz allgemein die Nichtverhinderung von Verbrechen als negative Beihülfe der Thäterschaft an Strafbarkeit gleichgestellt. Diese Meinung beruft sich auf c. 7 und 11 C. 23 qu. 3. c. 55 C. 2 qu. 7, welche Stellen ihr allerdings das Wort zu reden scheinen, und, was die letzte sagt [2]), kommt fast wörtlich in einer Reihe von andern, z. B. c. 8 C. 23 qu. 3, c. 3 dist. 83, c. 3 dist. 86 vor. Indeß wir begegnen hier wieder Aussprüchen der Kirchenväter, und wenn sie sich auch in einigen päpstlichen Entscheidungen ebenfalls finden, so stehen sie hier doch entweder nicht als verba dispositiva, sondern kommen mehr nur gelegentlich vor, oder sie beziehen sich nicht auf eigentliche Strafsachen, sondern sind als Gebote der christlichen Moral hingestellt [3]). Auch ist noch sehr die Frage, ob diese

---

1) Strafrecht §. 95 S. 295.

2) „Negligere, quum possis perturbare perversos, nihil aliud est, quam fovere. Nec caret scrupulo societatis occultae, qui manifesto facinori desinit obviare.“

3) Daß eine jede unmoralische Handlung nicht auch Strafe oder eine Censur nach sich zog, sehen wir aus c. 23 in VI. 5. 11, welche Stelle Köstlin a. a. O. für sich anführt, obwohl sie ihn auf das Unhaltbare seiner Meinung aufmerksam machen mußte. Er hat sich durch den nach heutigen Begriffen freilich unrichtigen Satz: „Quum quis absque tuo mandato manus injicit — — tuo nomine violentas, si hoc ratum habueris, excommunicationem latam — — incurris, quum ratihabitio retrotrahatur“ etc. zu der Annahme verleiten lassen, das canonische Strafrecht sehe „auf den animus des Theilnehmers als die Hauptsache“, damit stimmen aber nicht die Schlußworte unserer Stelle: „si vero illa injectio tuo nomine non sit factum, li-

Stellen, wenn man sie auf den äußeren Gerichtshof beziehen will, wirklich eine gleiche Strafe der Thäterschaft und der Nichtverhinderung aussprechen. So ist z. B. in c. 55 cit. doch blos angedeutet, daß der „negligens" sich der Theilnahme schuldig mache; ein bestimmtes Maaß der Strafe ist dagegen nicht ausgesprochen. Dasselbe gilt von dem Schlusse des c. 6 in VI. 5. 11: „Et quidem, quum liceat, cuilibet suo vicino vel proximo pro repellenda ipsius injuria suum impartiri auxilium; imo, si potest et negligit, videatur injuriam fovere, ac esse particeps ejus culpae" etc. Diese Worte sollen doch wohl nur sagen: „qui negligit" etc., macht sich zum Theilnehmer[4]), und man braucht durchaus nicht zu übersetzen, „er ist gleich strafbar, seine Schuld ist ebenso groß." Nur wo besondere Gründe[5]) ein Anderes erheischen, dürfte diese Interpretation unzulässig sein.

Will man einen anderen Weg einschlagen, so wird man genöthigt sein, dem canonischen Rechte Inconsequenz vorzuwerfen. Denn es läßt sich nachweisen, daß dasselbe wirklich von ungleicher Strafe redet, also sich nicht überall gleich geblieben sein würde. Ein Beispiel liefert wieder das schon so oft vorgekommene c. 6 X. 5. 12. Nach c. 2 werden diejeni-

---

cet pecces ratam habendo eandem, non tamen propter hoc excommunicationis ullius vinculo innodaris" etc. Dieser Schluß enthält richtig eine deutliche Unterscheidung von Sünde und rechtlicher Betrachtung, während der den Eingang der Stelle bildende Satz als eine unrichtige Uebertragung eines civilrechtlichen Satzes auf ein strafrechtliches Verhältniß erscheint.

4) Das Wort particeps hat eine ebenso weite Bedeutung wie socius, im römischen Rechte ist dies wenigstens unbezweifelt (vergl. Rein a. a. O. S. 185), particeps bedeutet hier auch häufig Theilnehmer mit Ausschluß des Thäters.

5) z. B. weil in der Nichtverhinderung zugleich die Vernachlässigung einer Amtspflicht liegt.

gen, welche durch Verhinderung einer etwa gegen die Angreifer anzuwendenden Gewalt Hülfe leisten wollten, mit geringerer Strafe bedroht, aber — heißt es — ganz von Strafe frei bleiben können sie nicht, wobei wieder als Grund angegeben wird, was wir in c. 55 C. 2 qu. 7 [6]) kennen lernten:

„nec caret scrupulo societatis occultae, qui, quum possit, manifesto facinori desiinit obviare."

Dieses kann unmöglich dahin verstanden werden, daß der negative Gehülfe gleiche Strafe mit dem Thäter leiden soll, denn sonst paßte es nicht als Grund für die Bedrohung mit geringerer Strafe.

§. 82.

Wir sehen freilich aus verschiedenen Bestimmungen des corp. jur. can., daß auf Beihülfe auch gleiche Bestrafung gesetzt ist. Die desfallsigen Gründe sind aber ganz ähnlicher Art als diejenigen, welche im römischen Rechte mitunter Bedrohung mit gleicher Strafe veranlaßten (vergl. §. 21).

1) Insonderheit sind es die Simonie, der heidnische Cultus und andere Verbrechen gegen die Religion (Blasphemie, Magie, Sacrilegium), sowie die Auflehnung gegen den Inhaber der Kirchengewalt, welche im kirchlichen Strafsystem aus demselben Grunde als die schwersten erscheinen, aus welchem im weltlichen Rechte Hochverrath und Majestätsbeleidigung so sehr verpönt war [1]). Daher kann es nicht auffallen, wenn wir hier und da für den Gehülfen dieselbe Strafe angedroht sehen, wie für den Urheber.

2) Die negative Beihülfe erscheint dann viel strafbarer,

---

6) S. die Note 2 zu diesem §.

1) arg. c. 4 C. 15 qu. 3, s. auch die Note 5 zu §. 106. Vergl. Jarke, Strafrecht Bd. 1 S. 52 Note 4. Brendel, Kirchenrecht Bd. 2 S. 1521.

wenn Jemand als Vorgesetzter (z. B. als Bischof, Abt u. s. w.) ein von einem Untergebenen begangenes, namentlich ein wiederholtes oder fortgesetztes Verbrechen geschehen läßt, ohne dagegen einzuschreiten; daher unter Umständen gleiche Strafe wie bei Urheberschaft[2]).

3) Bei manchen Bestimmungen zeigt eine reiflichere Prüfung, daß sie sich gar nicht auf eigentliche Theilnahme beziehen, sondern Fälle des s. g. concursus ad delictum necessarius[3]) sind, z. B. c. 4 i. f. C. 15 qu. 3. c. 109 C. 1 qu. 1; die Zahl der Fälle, in welchen Gehülfen die Strafe der Urheber erleiden, stellt sich also scheinbar größer heraus, als sie wirklich ist.

§. 83.

Die italienischen Juristen nehmen an, Beihülfe könne nicht nur factis geleistet werden, sondern auch verbis, utputa acclamando contra insultatum, vel incitando et animando aggressorem" und „ubi quis praesens delicto et in actu delicti illud suadet et hortatur", desgl. „suis verbis robur praestat, et adversariis timorem intulit[1])."

---

2) Nicht selten wird man hier sagen können, daß ohne jene negative Hülfe das Delict gar nicht möglich gewesen wäre. Aber es wird auch ja h. z. T. die Möglichkeit einer wahren Miturheberschaft in der Nichtverhinderung angenommen, wenngleich nicht ohne Widerspruch. Vergl. Berner, Theiln. S. 278. 279 mit Köstlin, Strafr. 298.

3) Vergl. hierüber Berner, Strafrecht §. 107 S. 171.

1) Vergl. Farinacii Praxis et Theoric. crim. pars IV. Francofurto M. D. C. X. quaest. CXXXI n. 8 XXIX tit. 15 n. 4. In n. 5 setzt der Autor hinzu: „qui consulit et persuadet, dicitur etiam et auxilium praestare secundum Bart. in l. non solum §. si mandato nu. 22 ff. de injur. et est text. in l. furti §. ope, versic. consilium ff. de furt. Ubi dicitur, quod consilium dare videtur is, qui persuadet, impellit atque instruit, et sic considerat verba; opem vero, qui ministerium atque adjutorium praestat (et sic considerat facta)" etc. Uebrigens hebt Farinacius in N. 10 besonders hervor, daß von

Eine Hülfleistung erblickte man auch darin, daß Jemand bewaffnet in der Nähe des Delicts sich aufhält. Ferner unterschied man ein auxilium ante delictum, in delicto und post delictum praestitum, während auch von mehreren Schriftstellern darauf hingewiesen wird, daß man von Hülfe nach vollbrachter That eigentlich nicht reden könne[2]). In Betreff der Nichtverhinderung von Verbrechen bemerkt Farinacius[3]): „Ut licet quis puniatur propter auxilium praestitum ante delictum delinquenti, non tamen punitur propter non praestitum auxilium adversus delinquere volentem. Communiter enim receptum est, quem non teneri delicto obviare, illud revelando aut insultatum defendendo.“ Dasselbe, setzt er hinzu, sei nach canonischem Rechte anzunehmen, „secundum quod ut non teneatur quis in foro contentioso revelare delictum committendum, seu illi quoquo modo obviare etc. .... Et in foro conscientiae non est dubium, qnod valens hominem a morte liberare et non liberans, dicitur eum occidere, et peccat mortaliter“ etc. Nur in gewissen Fällen wird hiervon abgewichen nämlich

1) „Ratione superioritatis et potestatis secundum quam Dominus, Pater, Baro, seu Princeps sciens seu videns delictum committendum a suo servo, filio vel subdito tenetur, in quantum potest delicto obviare“, und umgekehrt müssen servus, Sohn und Vasall dem Herrn und

---

den gebrauchten Worten das Wesen der Sache unabhängig bleibe „etiam quod sint verba importantia mandatum, utputa si dicat mando vel rogo, nam et adhuc reputatur consilium, si delictum respicit utilitatem ejus, qui delinquere debet et in quem verba diriguntur“ etc.

2) Clarus l. c. §. fin.

3) Farin. l. c. qu. CXXX n. 61 sq.

Gewalthaber das ihm drohende Verbrechen bekannt machen und sich bemühen, es zu verhindern.

2) „Officiales seu gubernatores" sollen „obviare delictis committendis per eos, qui sub sua jurisdictione existunt; sicuti contra et illi tenentur ipsum officialem s. gubernatorem defendere delictoque in eorum personas committendo obviare".

3) Jedermann hat die Verpflichtung, „clericum defendere, ac etiam obviare delicto in ipsum committendo[4])."

Ueber die Strafe, welche in diesen sub 1—3 gedachten Fällen eintritt, finden wir bei Farinacius: „quando negligentia in non revelando delictum, et illi non obviando quis punitur, tunc talis poena non est ea, qua punitur principalis delinquens, sed mitior arbitrio judicis, juxta facti et personarum qualitatem", es wäre denn, daß eine Bestimmung des positiven Rechts die Strafe besonders festgesetzt hätte[5]).

Im Uebrigen herrscht große Meinungsverschiedenheit in Ansehung der Frage, welche Strafe den Gehülfen treffe. Diese wurde nach Mittheilung des Gandinus durch einstimmiges Conclusum der Rechtsgelehrten zu Bologna dahin entschieden, daß der Gehülfe nur mit der halben Strafe, welche nach gemeinem oder statutarischem Rechte den Thäter treffen würde, zu belegen sei. Dabei wird aber von Gandinus hinzugesetzt: „Quodsi isti, qui opem dederunt homicidae, praestiterunt et dederunt causam mortis seu causam dicti homicidii, quod eo casu et ipsi auxiliantes tanquam homicidae tenentur et debent puniri." Heffter[6]) will dieses auf s. g. Hauptgehülfen beziehen, womit sich

4) Vergl. Farin. l. c. qu. 130 nr. 70.
5) Vergl. Farin. l. c. 130 nr. 71.
6) S. dessen Lehrbuch des Strafr. §. 83 Note 3.

Birnbaum[7]) im Allgemeinen einverstanden erklärt; an einer andern Stelle[8]) bemerkt letzterer in Bezug auf die von Gandinus gebrauchten Worte, er finde darin nur einen Nachklang römischen Spachgebrauchs und selbst römischer Grundsätze, indem ja die Römer schon den Ausdruck causam praebere besonders bei Tödtungen auch von gewissen Arten von Beihülfe verstanden, besonders solchen, ohne welche entweder das Verbrecheu nicht hätte begangen werden können, oder welche, wenn etwa dem eigentlichen Thäter nicht zugerechnet werden kann, gewissermaßen allein die Thäterschaft begründet[9]).

Jul. Clarus[10]) nennt unsere Frage eine quaestio ardua, in qua doctores varie locuti sunt, Barto in l. is, qui opem num. 5 ff. de furtis videtur tenere, quod indistincte auxiliator eadem poena puniatur qua principalis delinquens. Et hanc opi. dicit esse communem Corn. cons. 8 in litera A. lib. 3 etc. .... Et hoc etiam si manum non apposuerit. — Alii vero dicunt, quod aut auxiliator dedit immediatam causam delicto et punitur eadem poena. Aut vero non fuit immediata causa delicti, et puniendus est mitiori poena extraordinaria. Et hanc opin. dicit esse communem legistarum et canon. Socinus in d. consil. 188 libr. 2 etc. Um diese Controserve zu beseitigen, macht der Autor nun folgenden, auch von Andern angenommenen Vorschlag: man müsse unterscheiden, ob das delictum praevia tractatu vel deliberatione, accedente consensu vel saltem scientia ipsius auxiliatoris begangen sei,

---

7) Vergl. dessen mehrerwähnten Aufsatz im Archiv v. 1842 S. 35.

8) S. das. S. 34.

9) „z. B. furenti gladium porrigere in L. 7 § 6 ad leg. Aquil. Doch ist es zweifelhaft, wie diese Worte zu verstehen seien" u. s. w.

10) Vergl. Clarus l. c. §. fin. qu. 90 nr. 1 et 2.

oder ob die Sache nicht so liege. Im ersten Falle treffe den Gehülfen stets[11]) dieselbe Strafe wie den Urheber. Im zweiten Falle komme es darauf an, ob der „auxiliator praebuit causam delicto“ oder nicht, jenachdem Ersteres oder Letzteres anzunehmen sei, müsse der Gehülfe eandem poenam sicut principalis erleiden, oder er werde mit einer mitior poena belegt.

Auch scheint in Betreff der Frage, wann man sagen könne, die Beihülfe sei delicto causam dans gewesen, unter den Gelehrten nicht völlige Uebereinstimmung gewesen zu sein. Auffallend ist es schon, daß Einige unterscheiden zwischen causam proximam und remotam (wie z. B. Farinacius), Andere dagegen von causam praebere schlechthin reden (wie wir bei Clarus sahen). Farinacius bemerkt ausdrücklich und mehrfach, daß causa remota nicht genüge, um den Gehülfen mit der gleichen Strafe wie den principalis zu belegen, dabei scheint er indeß mit sich selbst noch nicht überall einig zu sein, denn indem er eine große Reihe von Fällen[12]) auf-

---

11) „quocunque tempore auxilium praestiterit, sive ante delictum, sive in delicto, sive post, nam licet corpore ipsi delicto non intervenerit, animo tamen censetur intervenisse, praesertim si illud auxilium erat usque a principio destinatum puta, quia scienter promisisset volenti alium interficere accommodare equos, super quibus, patrato delicto, possit fugam arripere et hujusmodi ...., quod spes data auxilii ad evadendum dicitur auxilium ad maleficium committendum.“

12) Diese Fälle sind zwar nach der eigenen Angabe des Autors meistens wieder bestritten, er meint aber, die Gegner entweder durch Bestimmungen des positiven Rechts oder dadurch schlagen zu können, daß er seine Meinung für die vernünftigere oder doch von bedeutenden Juristen getheilte ausgiebt. Als Beispiele der ersten Art führe ich folgende an:

1) Mit derselben Strafe, wie der Urheber, wird derjenige belegt, welcher scienter accommodat arma ad vulnerandum vel occidendum, desgl. ferramenta s. alia instrumenta ad furandum L. 15 D. 48. 8. L. 56 §. 4 D. 47. 2.

zählt, in welchen der Gehülfe ohne allen Zweifel wie der principalis gestraft werden soll, meint er dennoch wieder[13]: „tamen istis casibus forsan dici potest, non dari delicto auxilium per actum proximum", und sucht sich nun in einer nicht eben klar verständlichen Weise dadurch aus der Verlegenheit zu ziehen, daß er in solchen Fällen annimmt, man habe zu denken an „auxilium, ubi praecessit tractatus seu scientia auxiliatoris[14])". In der Folge kommt er mehrmals auf diesen Gegenstand, wenn auch mitunter nur andeutend, zurück, um zu zeigen, daß er sich weder mit dem, was Andere übereinstimmend annehmen, noch mit sich selbst im Widerspruch befinde, verweiset in Betreff der causa homicidii proxima auf Socinus und Andere[15]) und schließt mit den

---

2) Desgl. wer scalam accommodat scienter et dolose ad committendum furtum vel aliud delictum L. 56 §. 4 D. 47. 2.

3) Desgl. qui accommodat domum, in qua delictum committi debet, vel in qua delinquentes commorari debent ad delictum committendum, vel in qua fieri debeat colloquium vel tractatus ad occidendum L. 7. D. 8. 9. Bei diesem Falle sagt Farinacius: „is enim dicitur homicidio ac delicto opem praestare et propterea puniendus eadem poena, während es im Falle sub 1 heißt: der accommodans arma leiste „ipso homicidio causam proximam et non remotam."

4) Desgl. leidet gleiche Strafe, „qui litteras de delicto tractantes et ad delictum spectantes alicui transmisit oder litteras scienter portavit". L. 1 §. 1 i. f. D. 48. 4.

13) Farin. l. c. qu. 130 nr. 48.

14) So wenigstens verstehe ich ihn, denn sonst ist nicht einzusehen, wozu die Verweisung auf Clarus dienen soll.

15) l. c. nr. 45: Causam autem morti dare, quando quis auxilium et opem praestando dicatur vide omnino declarantem Socin. cons. 188, visa bulla sub n. 6 A. seg. lib. 2 Cyn. in l. c. sub n. 4 C. de Nil. agger. non rump. qui morti causam praestitam dixit, quando cum sua manu quis auxilium cooperativum praestat Caepoll. cons. 27 nr. 11 ubi ponit quatuor exemplis causam homicidio. Primum, quando quis gladium furioso dedit, ut se aut alium occideret.

Worten: „Et hoc modo intelligendo causam proximam et remotam, vel (ut alii dicunt) actum proximum, vel remotum sustineri potest proposita limitatio ut scilicet tunc demum auxilians teneatur eadem poena qua principalis, quando cum auxilio dedit causam delicto, alias secus.... Vel tunc demum auxilium tenebitur, eadem poena, quando sine illo auxilio quis non potuisset committere, delictum; secus aliter" etc.[16]).

In den Schriften der mehrerwähnten Juristen wird ausdrücklich hervorgehoben, daß bei der Behandlung des Gehülfen nichts darauf ankomme, ob der Urheber alias esset facturus[17]). Anderer Ansicht ist Clarus: „nihilominus, ubi delinquens alias facturus fuisset et auxiliator ei simplicem favorem praestitit, est mitius puniendus"; Farinacius läßt die poena ordinaria für den auxiliator nicht eintreten, wenn er „non fuit causa delicti", und führt dieses unter zahlreichen Citaten noch weiter aus[18]).

— Secundum, quando unus tenuit et alter interemit eum, qui tenebatur. — Tertium quando quis manibus vel corpore auxilium praestitit in delicto; Quartum, quandoquis consilium praeceptum, operam vel suggestionem ad maleficium committendum adhibuit" etc.

16) l. c. nr. 55. Auch Köstlin, System I. S. 276 Note 3 erwähnt, daß über actus proximi und remoti, causae proximae und remotae die Meinungen aus einander gingen, „indessen stellte sich die communis opinio dahin fest, daß es darauf ankomme, ob der Thäter ohne die Beihülfe die That hätte vollbringen können oder nicht."

17) Clarus l. c. nr. 7. Farin. l. c. qu. 129 nr. 125.

18) Farin. l. c. nr. 126 u. 127: „poena ordinaria delicti non intrat, nisi constet, quod delictum non poterat fieri sine illo auxilio, et quod nisi illud auxilium fuisset praestitum, delictum non fuisset secutum, aut non ita facile et commode prout secutum fuit. — — — Et haec opinio maxime procedet in auxilio praestito in delicto cum sola assistentia cum armis, tunc enim assistens non tenetur eadem poena, nisi aggressor ex assistentia fuerit factus audacior, et insultatns timidior, et sic nisi principalis etiam sine assistentia fuisset commissurus delictum" etc.

Praestans auxilium ante delictum, delicto non secuto, wird gar nicht gestraft, wenn das Delict ein leve war.

Das im vorstehenden Paragraphen Gesagte dürfte hinreichend ersehen lassen, daß die Italiener so wenig hier, wie überhaupt den Grund der richtigen Principien über Theilnahme am Verbrechen gelegt, vielmehr diesen ihrerseits selbst im canonischen und römischen Recht erblickt, aber das ihnen hier Gebotene nicht immer verstanden haben [19]).

§. 84.

Die peinliche Halsgerichtsordnung bestätigt die von mir aufgestellten Ansichten über Bestrafung der Beihülfe durchaus. Der Art. 177 verordnet deutlich [1]), daß Beihülfe, „in einem Falle anders dann in dem andern" zu behandeln sei, und stellt im Schlußsatze Alles dem richterlichen Ermessen anheim. Dieses wird dabei das subjective und objective Verhältniß in's Auge zu fassen haben; daß blos letzteres zu berücksichtigen sei, ist durchaus nicht gesagt und kann nicht angenommen werden, weil subjective Gründe der Strafbarkeit der peinl. Halsgerichtsordnung sehr wohl bekannt sind und überall gewürdigt werden. Nicht entgegensteht der Umstand, daß in den Worten „als aber vorsteht" auf eine entgegenstehenden Artikel verwiesen wird. Denn wenn man auch mit Luden u. A. annimmt, es sei hier auf Art. 148 Bezug

---

19) Dieses hat zum Theile darin seinen Grund, daß sie oft sehr willkürliche Statutarrechte vor sich hatten und sich von diesen bestimmen ließen.

1) Art. 177: „Item, so jemand eynem mißthäter zur übung eyner mißthatt wissentlicher und geverlicher weiß einicherley hilff, beistand und förderung, wie das alles namen hat, thut, ist peinlich zu straffen, als aber vorsteht, im eynem Fall anderst dann in dem andern."

genommen[2]), so kann doch nur dessen zweiter Theil[3]) in's Auge gefaßt sein, und dieser mit Anwendung auf Beihülfe nur folgenden Sinn haben:

1) Wer die Haupthandlung begeht, erhält die volle Strafe des Urhebers[4]). (Vergl. die Erörterungen in §. 61.)

2) In Ansehung aller Andern soll das richterliche Ermessen die Strafe bestimmen „mit Ermessung aller Umstände und Gelegenheit solcher Sachen" (also gerade wie es uns die Römer sagen). Hier ist von einem bestimmten Strafmaße deshalb keine Rede, weil „nach Ermessung mancherlei Umstände, das nicht Alles zu beschreiben, unterschiedlich zu urtheilen ist".

3) Bei Feststellung der dem Gehülfen aufzuerlegenden Strafe wird allerdings die vom Urheber verwirkte Strafe zu Grunde gelegt (vergl. §. 75), das ergiebt der Eingang des Art. 177, die Strafe kann indeß nie die volle auf die Urheberschaft gesetzte sein. Denn im Art. 148 ist nur denen die Strafe der Tödtung gedroht, die die Haupthandlung, d. h. Etwas, wodurch dem Angefallenen das Leben genommen ward, vorgenommen haben.

Noch einfacher und deutlicher ergiebt sich das bisherige

2) Vergl. Luden, Abh. Bd. 2 S. 367.

3) Der erste Theil (bis zu den Worten: „So aber etliche Personen ungeschickts in einem Schlagen und Gefecht" u. s. w.) bezieht sich rein auf ein Complot, wo also die Theilnehmer den animus der Urheber haben, ihr eigenes Verbrechen betreiben; daß hiernach nicht die Strafe des Gehülfen bestimmt werden kann, liegt auf der Hand. Der fernere Theil handelt zunächst von nicht vertragsmäßigen Miturhebern, weiter gedenkt er auch der Gehülfen und verordnet für diese — im Gegensatz solcher Theilnehmer, welche die Haupthandlungen begangen haben, — in den Worten: „Aber der andere Beyständer, Helffer und Ursacher Straff halber" u. s. w. eine den jedesmaligen Umständen angemessene Strafe.

4) Denn er ist in der That kein Gehülfe.

Resultat, wenn man anstatt „als aber vorsteht" lieset „als vorsteht" [5]); diese Worte würden dann bedeuten: bei Bestrafung der Beihülfe zu einzelnen Missethaten sind die in den frühern Artikeln gegebenen speciellen Bestimmungen über Mord, Brand u. s. w. zu Grunde zu legen (vergl. §. 75), im Uebrigen ist die Feststellung des Strafmaßes dem richterlichen Ermessen anheimgestellt.

§. 85.

Die in den vorstehenden Paragraphen aufgestellten Grundsätze finden sowohl in dem Falle der sogenannten speciellen als der generellen Beihülfe Anwendung, d. h. wenn der juristische Charakter oder die größere oder geringere Strafbarkeit der Handlung des Urhebers durch das Vorhandensein gewisser persönlicher Verhältnisse bestimmt wird, die sich auch beim Gehülfen finden bezw. nicht vorhanden sind [1]).

Im Falle z. B. des Vatermordes wird das die Strafe des Sohnes bestimmende Gesetz auch bei Feststellung der Strafbarkeit des mit dem ermordeten Vater gar nicht verwandten Gehülfen zu Grunde zu legen sein. Unrichtig wollen Manche [2])

---

5) Diese Lesart findet sich in der Mehrzahl der auf der Jenaer Bibliothek vorhandenen Ausgaben (z. B. von Ludowici 1716, in zwei älteren von 1559), womit auch die mir zugänglich gewesenen Ausgaben der Bambergensis übereinstimmen. Dieselbe würde sich auch aus dem Grunde empfehlen, weil dadurch die andere nicht gerade ausgeschlossen wird, denn indem hiernach der Gesetzgeber auf die sämmtlichen vorhergehenden Artikel verwiesen hätte, wäre auf Art. 148 ebenfalls Bezug genommen.

1) Köstlin, Revision I. 500 und System 286. Archiv für Criminal-Recht Bd. 7 S. 318. 325. 331. Grollmann §. 87.

2) Wir begegnen hier wieder einer schwankenden Terminologie, worüber zu vergleichen sind die verschiedenen Mittheilungen bei Geib a. a. O. Bd. 2 S. 373.

die Strafe des generellen Gehülfen mit Rücksicht auf das Gesetz zuerkennen, welches auf ihn angewandt werden müßte, wenn gerade er im concreten Falle als Urheber gehandelt hätte (so daß den nicht verwandten Gehülfen in unserm Beispiele nur die Strafe des gewöhnlichen Mordes treffen würde). Denn das qualificirende Moment in dem fraglichen Verbrechen sei kein allgemeines und absolutes, sondern nur ein subjectiv besonderes und relatives, es trete überall nur zwischen Personen ein, die wirklich in dem Verwandtschaftsverhältnisse stehen oder zu stehen glauben, und eben deswegen könne es auf den nicht verwandten Gehülfen nicht übergehen.

Mache dieser sich freilich zum Mittel für einen fremden Zweck, so könnte er für letzteren doch nur so weit verantwortlich sein, als er denselben möglicher Weise auch als seinen eigenen setzen könne und dies verbiete in Fällen, wie der unsere, die Natur der Dinge. Der nicht verwandte Gehülfe habe einen Fremden umbringen helfen. Das qualificirende Moment im Vatermorde sei als bloßer Strafschärfungsgrund zu betrachten, durch welchen der Gehülfe so wenig berührt, als es ihm aufgerechnet werde, wenn ein Dieb, dem er half, ein vielleicht zum dritten Male rückfälliger sei. Wirklich ist auch diese Ansicht in verschiedene Legislationen[3]) übergegangen. Indeß das römische Recht spricht gerade in dem beispielsweise von mir gesetzten Falle für das Gegentheil[4]) und es folgt dieses

---

3) Z. B. in Braunschweig §. 54. 252. Preußen Art. 54. Oldenburg Art. 162.

4) L. 6 D. 48. 9. Nicht entgegen ist L. 36 §. 1 D. 47. 2 und L. 53 §. 1 und 2 ibid. (Luden, Handb. S. 449 Not. 12). Denn in der letzten wird gar nicht gesagt, daß Urheber und Gehülfen Verbrechen verschiedener Art begehen, wie dann auch Paulus in L. 1. D. 25. 2 anerkennt, daß die rerum amotio ein furtum sei, sondern es ist nur ausgesprochen, daß bei Eheleuten die actio furti ihrer infamirenden Wirkung wegen nicht Statt finde. Wir haben es also hier mit einer Singu-

auch einfach aus der accessorischen Natur der Beihülfe. Lassen wir diesen Gesichtspunkt fallen, so würde solches theils dem wahren Wesen der Beihülfe nicht entsprechen, theils zu keinem gerechten Strafmaße, bald zu übergroßer Härte, bald zu übertriebener Milde führen[5]). Ja, bei consequenter Durchführung des Gedankens, von dem die entgegengesetzte Meinung, z. B. Köstlin, ausgeht, würden wir den Gehülfen, der das Verbrechen, welches er beförderte, überhaupt nicht hätte als Urheber begehen können, gar nicht strafen dürfen. Wenn gar dieses nun von Köstlin u. A. wirklich auch angenommen wird, so ist dabei übersehen, daß der Gehülfe ja nicht seine eigene, sondern eine fremde Angelegenheit fördert, mithin auch dafür verantwortlich gemacht werden kann, und da unstreitig die Qualität der fremden Sache, die er in's Leben rufen hilft, nichts rechtlich Gleichgültiges ist, kann man auch nicht mit Köstlin sagen, daß die Handlungsweise des Helfenden zwar unmoralisch, aber „rechtlich indifferent" sei. Unmöglich kann man z. B. die Beihülfe straflos lassen, wenn ein reines Dienstverbrechen durch eine nicht unter derselben Dienstpflicht stehende Person befördert wird. Köstlin[6]), der mir hierin widerspricht, hätte sich aus §. 9 J. 4. 18[7]) eines Andern belehren können. Man frage außerdem nur einmal die Stimme des Volks, was würde sie zur einer Freisprechung des Gehülfen sagen? Oder,

---

larität zu thun, die obenein für das heutige Recht als antiquirt erscheint. In Bezug auf L. 36 D. cit. sagt Luden (de socio delicti. Jenae 1845 p. 18) mit vollem Rechte: furtum ab filio vel servo committi non posse, J. Cti romani non negant L. 1 D. 25, 2; daß aber keine Diebstahlsklage Statt findet, hängt einfach mit der jurisdictio domestica zusammen. Die L. 17 pr. D. 47. 2 erklärt Alles und wiederholt, daß servi und filii Diebstähle begehen.

5) Bauer, Abhandlung Bd. 1 S. 460.

6) S. dessen System 283.

7) „Sed siquidem ipsi judices tempore administrationis publi-

um ein noch schlagenderes Beispiel zu gebrauchen, wenn ein Mann, der bei einer von einem Andern begangenen Nothzucht half, gestraft werden soll, nicht aber ein Weib [8]), welches ganz dieselbe Beihülfshandlung vornahm? Für den zu einem Vatermorde helfenden exstraneus ist zwar das Verbrechen des Vatermordes nicht da, er will es ja aber auch nicht als sein (als des extraneus) Verbrechen, sondern als das des Sohnes. Will er es als letzteres, so muß er es auch nach dem Charakter verantworten, den es als Verbrechen des Sohnes hat [9]), er ist mithin strafbarer, als hätte er zu einem gewöhnlichen Morde geholfen [10]); eben weil er das Verbrechen als fremdes will, bleibt es gleichgültig, ob er selbst ein extraneus ist oder nicht [11]). Derselbe Gedanke ist im §. 6 I. 4. 18 zu erkennen, wenn gleich er den Gesetzgeber zu weit geführt hat.

Wäre umgekehrt das persönliche Verhältniß des Urhebers

cas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniantur et non solum hi, sed etiam, qui ministerium iis ad hoc exhibuerint." Ob die Strafe der letzteren dieselbe, wie die der judices war, ist anderswo beantwortet.

8) Nach der herrschenden Meinung kann das Weib das Verbrechen der Nothzucht nicht begehen.

9) Dabei wird vorausgesetzt, daß ihm das verwandtschaftliche Verhältniß, welches zwischen dem Mörder und Ermordeten besteht, bekannt war. Berner, Preuß. Str.-R. S. 53.

10) Hilft der Sohn einem Fremden zum Morde seines (des Sohnes) Vaters, so ist er Gehülfe eines gewöhnlichen Mordes, Vatermord liegt nicht vor, weil ein extraneus solchen nicht begehen kann. Weil aber des Sohnes Beziehung zu dem Gemordeten eine besonders nahe, heilige war, was ihn von der Mitwirkung im höhern Grade hätte abhalten müssen, so liegt hierin auch ein Grund der Strafsteigerung, der nach dem in §. 77 Gesagten bei Bestimmung der Strafe des Sohnes zu berücksichtigen sein wird. Noch strafbarer wäre der Bruder, der seinem Bruder bei Ermordung des Vaters half.

11) Dieses steht nicht in Widerspruch mit dem über Anstiftung abseiten eines extraneus Gesagten, denn die Strafe des Anstifters und physischen Urhebers richten sich nicht nach einander.

ein Grund zu dessen gelinderer Behandlung, so würde dieser Grund auch bei Feststellung der Strafe des Gehülfen in Anschlag zu bringen sein, z. B. wenn Jemand der Mutter beim Kindesmord behülflich war. Berner[12]) giebt dieses nicht ganz so zu, er findet neben dem Grunde der Strafverringerungen noch ein Moment für die Steigerung der Strafe des Gehülfen. Indeß dürfte ihn nicht blos der Vorwurf der Inconsequenz, sondern auch im Vergleiche zu der strengern Behandlung der Hülfe beim Vatermorde der Tadel der Unbilligkeit treffen. Den richtigen Grundsatz stellte das Würtembergische Strafgesetzbuch Art. 87 auf, indem es allgemein aussprach: „Wenn die größere oder geringere Strafbarkeit einer That auf persönlichen Verhältnissen des Urhebers zu dem Beschädigten beruht, so sollen diese Verhältnisse auch bei Bestrafung des Gehülfen berücksichtigt werden"; dann freilich machte man in Ansehung von Dienstvergehen wieder eine Ausnahme, indem Art. 404[13]) verordnet: „Hat Jemand, der nicht in öffentlichem Dienste angestellt ist, an einem Dienstvergehen Theil genommen, so ist er nur dann, wenn dasselbe ein gemeines Verbrechen oder Vergehen in sich schließt und zwar wegen Theilnahme an letzterem, zu bestrafen." Die Inconsequenz dieser Bestimmung liegt auf der Hand und ist auch dadurch, daß Art. 87 sie als Ausnahme bezeichnete, anerkannt, gleichwohl dadurch nicht entschuldigt, weil gar kein Grund zu einer Abweichung von der Regel vorliegt.

In allen bisher besprochenen Fällen lag der Grund der erhöhten oder verringerten Strafbarkeit im Delicte selbst, nicht in der Person des Urhebers. Wäre Letzteres, so wird da-

---

12) Siehe dessen Theiln. S. 210.

13) Vergl. dagegen Preuß. Str.-G.-B. Art. 331 und Art. 55. 69 des Str.-G.-B. f. Königreich Sachsen.

durch die Strafe des Gehülfen nicht berührt werden, sie würde z. B. nicht härter, wenn der Urheber rückfällig, nicht geringer, wenn auf sein besonderes jugendliches Alter Rücksicht zu nehmen wäre. Ferner sind Urheber und Gehülfen rücksichtlich der Motive ihrer verbrecherischen Handlungen ganz selbstständig zu beurtheilen [14]).

Daß die in den individuellen Verhältnissen eines Gehülfen liegenden Gründe seiner erhöhten oder geringern Strafbarkeit auf die des Urhebers ohne allen Einfluß sind, weil die Urheberschaft kein accessorium der Beihülfe ist, sondern ganz selbstständig steht, bedarf wohl kaum der Bemerkung [15]).

§. 86.

Aus dem Begriff der Theilnahme, wie aus dem Inhalte des §. 66 folgt, daß der Gehülfe nur soweit verantwortlich ist, als der Urheber mit dem Willen des Gehülfen gehandelt hat. Begeht der Urheber Etwas, was außerhalb dessen liegt, was der Gehülfe unterstützen wollte, so haben wir hier keine Theilnahme mehr, kein accessorium des gewollten principale, z. B. A. wollte dem B. zu einem Diebstahle helfen, zieht für ihn Erkundigung über Zeit und Ort der passend auszuführenden That ein, B. begeht aber statt des Diebstahls einen Raub. Neuere Gesetze sprechen dieses mit Bestimmtheit aus [1]). Man hüte sich aber vor Verwechselung anscheinend gleicher Fälle.

Wenn ein bestimmt vom Gehülfen gewolltes Verbrechen nur unter erschwerenden Umständen ausgeführt werden kann,

---

14) Hälschner a. a. O. 335. Vergl. Berner Preuß. Str.-R. §. 58 mit §. 36.

15) Berner, Theiln. S. 239. 240.

1) Z. B. das Str.-G.-B. für Königr. Sachsen Art. 56, Braunschweig §. 52, Baden §. 138, Hannover Art. 70.

so ist der Gehülfe abgesehen von besonders ausgemachten Fällen des Gegentheils auch im erhöhten Maße strafbar; denn er hat sich überhaupt von des Urhebers Handlungsweise — vorausgesetzt, daß diese die Grenzen des in der Natur der Sache liegenden Einverständnisses nicht überschreitet, — abhängig gemacht. Ist doch der Thäter selbst nicht in der Lage, alle Einzelnheiten seiner That vorher zu kennen, und abhängig von äußeren Umständen und Dingen, die sich nicht vorhersehen lassen, sich bei der Ausführung erst herausstellen, und nach denen sich letztere gestalten muß.

Dagegen mag ich nicht annehmen, daß A., der dem B. zum Morde des C. hilft, für alle von B. dabei verübten Grausamkeiten unbedingt mit erhöhter Strafe zu belegen ist. Dieses wird sich doch gewiß nicht sagen lassen, wenn die Grausamkeiten unterbleiben konnten und A. sie nicht wollte [2]). Unterstützt er freilich unmittelbar die grausamen Handlungen, hält er z. B. den C. während der langsamen, qualvollen Tödtung, oder reicht er dem B. die zur Marter dienenden Werkzeuge, so werden wir darin ein Einverständniß mit der Grausamkeit finden, aber wir werden sie ihm nicht mit in Anrechnung bringen, wenn seine Beihülfe blos in Auskundschaften von Zeit und Ort u. s. w. bestand.

Andererseits ist es wieder richtig, wenn man gesagt hat [3]): wer einen der Größe nach unbestimmt gelassenen Diebstahl fördert, wird wegen Beihülfe zu einem großen Diebstahle bestraft, falls der Werth des Gestohlenen die Höhe eines solchen erreicht. Denn indem er hier dem Urheber die Bestimmung der Summe überließ, hat er ihm auch die Bestimmung der Größe seiner Schuld überlassen.

---

2) Das Gegentheil scheint mir Berner (Theiln. S. 210) anzunehmen.

3) Berner a. a. O. S. 211.

Es kann im einzelnen Falle sehr schwer sein, zu bestimmen, ob der Gehülfe Alles, was der Urheber that, wollte oder nicht. Was er ausdrücklich ausnahm, gehört jedenfalls nicht zum Gewollten, es müßte denn blos zum Scheine eximirt sein. Auf der anderen Seite braucht das Gewollte nicht gerade mit Worten an den Tag gelegt zu sein. Man hat also immer aus den sämmtlichen Umständen des einzelnen Falls zu urtheilen, wenn man zu einem richtigen Resultate gelangen will.

Drittes Capitel.

Von Miturhebern.

§. 87.

Miturheber ist derjenige, welcher das Verbrechen mit begeht[1]) und zwar in der Weise, daß er dasselbe als sein eigenes mitbetreibt[2]). Bei der Miturheberschaft haben alle Theilnehmer eine gemeinschaftliche Absicht als Selbstzweck, mithin erscheinen alle zur Erreichung derselben vorgenommenen Acte physischer Thätigkeit als eine einzige Handlung, ohne daß etwas darauf ankommt, wie viel oder wenig jeder Einzelne für den Erfolg mitgewirkt hat[3]).

Aus dem Begriffe der Theilnahme folgt aber schon, daß

1) Berner, Lehrb. §. 111.

2) Geib, Lehrb. §. 108. Dadurch unterscheiden sich Complott und Beihülfe. Es kann mithin auch Gehülfen der Complottanten geben. Köstlin I. 580.

3) Die ältere Ansicht war eine andere. Man verlangte eine in concreto unentbehrliche Mitwirkung, wobei man übersah, daß bei endlichen Begebnissen überhaupt kein Unterschied gemacht werden kann zwischen entbehrlichen und unentbehrlichen Ursachen.

die Handelnden von einander gewußt haben müssen, nicht völlig von einander unabhängig gehandelt haben dürfen, wenn man sie als Miturheber bezeichnen und behandeln will. In vielen Fällen ist die Miturheberschaft vor der Ausführung des Verbrechens verabredet, dann heißt sie Complott (Verschwörung, conjuratio)[4]), sie kann aber auch ebensowohl eine nicht verabredete (s. g. zufällige) sein.

§. 88.

I. Das Complott kennzeichnet sich gegenüber anderen Arten der Miturheberschaft dadurch, daß sich Mehrere, von denen Jeder das Verbrechen als sein eigenes will, zur gemeinsamen Verübung vereinen, und — wie eine sehr verbreitete Meinung annimmt — hierdurch wechselseitig anstiften[1]).

Streitig ist, ob eine ausdrückliche Verabredung erforderlich oder auch eine stillschweigende Eingehung des Complotts möglich sei. Kleinschrob[2]) leugnet Letzteres aus dem Grunde, weil es schwer sein möchte, den Beweis einer stillschweigenden Einwilligung herzustellen. Vor der Vollziehung der Missethat könne nur derjenige etwas davon wissen, der den Vorsatz dazu gefaßt habe, und mit diesem könne sich ohne Worte Niemand verabreden. Gäbe ihm aber auch Einer seinen Willen zum

---

4) Die Römer haben außer diesem Ausdrucke noch „conspiratio", „factio", und mit Beziehung auf die zu verübenden verbrecherischen Handlungen sagen sie „consilium inire" (L. 1 §. 1 D. 48. 4), „societatem coire" (L. 2 D. 48. 12. L. 1 §. 1 D. 48. 10), „pactionem facere", auch blos „dolo malo coire" (L. 9 §. 3 D. 48. 10). Auch „conscientia" kann diese Bedeutung haben. Rein a. a. O. S. 200 Arch. von 1842 S. 18 Not. 37.

1) S. hierüber den §. 89.

2) System. Entwickelung Bd. 1 §. 180. Uebereinstimmend ist Henke Bd. 1 S. 275 Note 22, ohne Gründe anzuführen.

Beistande durch Handlungen zu erkennen, so wisse weder der Erste, ob er sich auf den Zweiten ganz verlassen könne und was dieser für einen Antheil an seiner That nehmen werde, noch sei der Zweite gewiß, was für ein Verbrechen im Werke sei. Indeß wie die Schwierigkeit des Beweises, welche Kleinschrod zunächst hervorhebt, das Wesen der Sache ganz unberührt lassen muß, so wird man auch die Möglichkeit unbedingt zugeben müssen, wenn man nicht mit allgemeinen Sätzen der Quellen, namentlich des Civilrechts, und dem, was die Erfahrung lehrt, in Widerspruch treten will. Richtig ist, daß beim Complotte stets eine der Ausführung des Verbrechens vorausgehende Willensmittheilung vorausgesetzt wird, aber es ist durchaus nicht einzusehen, weßhalb, was Einer dem Andern mit Worten vorschlägt oder verspricht, unter allen Umständen bestimmter, deutlicher und zuverlässiger sein soll, als was durch concludente Handlungen[3]) zu erkennen gegeben und erkannt wird. Will man nun etwa mit der oben angeführten Meinung im Complotte allemal Anstiftung erblicken, so wird auch dadurch die Sache nicht anders, weil, wie §. 45 zeigt, die Anstiftung versprochener oder geschriebener Worte nicht bedarf. Es kann sich also die zum Complotte gehörende Willenseinigung in jeder Weise manifestiren, in welcher sich Menschen ihre Gedanken und Entschlüsse überhaupt mittheilen können.

§. 89.

An der Behauptung einer im Complotte lie-

---

3) Hiermit sind aber nicht die Handlungen zu verwechseln, welche den gemeinsamen Willen ausführen sollen, denn sonst würde man den Unterschied zwischen Complott und zufälliger Miturheberschaft verwischen. Berner a. a. O. S. 404. Beim Complott wird ja gerade eine der Ausführung vorhergehende Willensmittheilung vorausgesetzt.

genden *wechselseitigen Anstiftung* ist allerdings Einiges wahr:

1. Es ist möglich, daß derjenige, welcher mit der Ausführung eines bestimmten Verbrechens schwanger geht, in einem Andern einen Gleichgesinnten vermuthet oder erblickt, mit ihm in der Erwartung, daß er sich mit ihm vereinen werde, zusammentritt und nun beide ihre Gedanken auf irgend eine Wiese austauschen und dadurch die Verabredung einer gemeinschaftlichen Ausführung zu stande kommt, zu welcher keiner von beiden, ohne auf des Andern Mitwirkung rechnen zu können, geschritten sein würde. Kann man gleich hier nicht sagen, wer den verbrecherischen Plan zuerst andeutete oder dessen Ausführung verschlug, so liegt doch immerhin wechselseitige Anstiftung vor.

2. Es ereignet sich aber auch, daß Jemand ein von ihm beabsichtigtes Verbrechen allein auszuführen nicht Willens ist und mit einem oder mehreren Andern zusammentritt, die dasselbe *nicht* beabsichtigten, vielleicht gar nicht an eine solche That dachten, sich aber auf den Vorschlag jenes Ersten zur gemeinsamen Ausführung mit ihm verbinden. Hier haben wir diesen als einen Anstifter der Uebrigen zweifelsohne zu betrachten (so gut als wenn ein Dritter, der nicht die gemeinsame Ausführung mit ihnen vereinbarte, sie bestimmt hätte). Aber sofern jener doch nur in sichern Hinblick auf die Mitwirkung der Andern sich zur Ausführung bestimmte, können wir auch ihn als angestiftet ansehen.

Dagegen wird sich nicht behaupten lassen, daß bei *jedem* Complotte wechselseitige Anstiftung vorkomne. Man setze nur den Fall, daß Jemand die Ausführung eines Verbrechens bei sich beschlossen hat und es auch ohne Mitwirkung eines Andern ausführen würde, darauf aber in Erfahrung bringt oder auch nur vermuthet, ein Anderer sei ganz dasselbe Ver-

brechen auszuführen gewillet, und sich nun mit diesem zur gemeinsamen Begehung desselben verbindet, damit der Andere ihm nicht zuvorkomme und die aus der Missethat zu erwartenden Vortheile allein erwerbe [1]). Da wird man nicht sagen können, der Erstere sei durch Letzeren bestimmt, und wollte dieser Letztere wirklich schon vor dem Zusammentreffen beider proprio motu das Verbrechen, so wird keiner als Anstifter des Anderen erscheinen. Ja, es kommen Complottanten vor, die überall keinen Einfluß auf die Uebrigen äußern, vom Anfang bis zu Ende nichts weiter sind als bloße Figuranten.

§. 90.

Bei Allem aber bleibt wahr, was man irrthümlich als Folge der angeblichen gegenseitigen Anstiftung hingestellt hat, daß jeder Complottant als Urheber des Verbrechens zu behandeln ist. Der Grund ist einfach dieser, daß er im eigenen Interesse thätig war, das Verbrechen als das seinige wollte, während die Uebrigen in Bezug hierauf als seine Gehülfen erscheinen, deren Handlungen er mit zuvertreten hat. Letzteres folgt daraus, daß die Thätigkeit jedes einzelnen Theilnehmers für das Verbrechen des andern in Wahrheit eine fördernde ist, und durch die vorausgegangene Uebereinkunft auch die Bestimmung erhalten hat, daß sie der Realisirung einer fremden Absicht dienen soll.

§. 91.

Bauer [1]) bezeichnet als eine Voraussetzung des Com-

1) Es ließen sich noch manche hierher gehörige Fälle denken, was Niemand bezweifeln wird, der sich der unleugbaren Thatsache erinnert, daß schon mehr als ein Complott eine größere Ausdehnung erhalten hat, als dem Stifter oder den Theilnehmern erwünscht war, indem neue Theilnehmer lediglich aus eigener Bewegung hinzutraten.

1) S. dessen Abh. Bd. 1 S. 442. 443.

plotts gegenseitige Verpflichtung aller Theilnehmer zur gemeinschaftlichen Ausführung des beschlossenen Verbrechens. Dagegen werde man durch die Theilnahme am Beschlusse mit ausdrücklicher Verweigerung jeder Mitwirkung bei der Ausführung kein Complottant. Denn ohne die Verpflichtung zur Mitwirkung werde der Einzelne nicht mit der erforderlichen Sicherheit auf den Beistand aller Uebrigen zählen können, hierin liege aber gerade das Wesen des Complotts, dessen Eingehung schon beweise, daß Keiner allein das Verbrechen auszuführen den Muth und die Kraft hatte, gerade hierauf beruhe die große Gefährlichkeit und Strafbarkeit des Complottes. Es lasse sich nicht einwenden, daß in dem Beschlusse zur gemeinschaftlichen Ausführung schon eine stillschweigende Verpflichtung zur Mitwirkung liege, denn diese Schlußfolge dürfte nicht hinreichen, um Allen die Gewißheit zu geben, daß jeder Einzelne mitwirken werde.

Man sieht, daß unser Jurist an den im letzten Absatze des §. 89 und der dazu gehörigen Note gesetzten Fall, dessen Möglichkeit und wirkliches Vorkommen sich doch gewiß nicht leugnen läßt, gar nicht gedacht hat. Ebensowenig wird sich bestreiten lassen, daß Complotte zu Stande kommen, bei denen nach ausdrücklicher Verabredung nur einzelnen oder nur einem einzigen Theilnehmer die Ausführung des Verbrechens zufallen soll[2]). Ist denn nicht schon über diese Rolle oft durch's Loos entschieden? Und kann das Verhältniß nicht sehr wohl so liegen, daß nur einer von den Complottanten die zur Ausführung erforderlichen Fähigkeiten besitze[3]). Hier ist allent-

2) Berner a. a. O. 428.

3) Damit ist nicht der Fall zu verwechseln, wo einem Dritten die Ausführung übertragen wird. Denn hier würden die Complottanten unter sich Complottanten, gegenüber dem dritten Anstifter im gewöhnlichen Sinne sein. Bauer I. 441, c.

halben jeder der Uebrigen als Urheber zu betrachten. Sein Wille ist durch die Mitberathung und Verabredung mit dem animus der Urheberschaft in den Complottwillen übergegangen und jedem der Uebrigen ist bewußt, daß, wenn er im Namen dessen, der an der Ausführung keinen Theil nehmen soll, thätig wird, er dessen Willen mit zur Ausführung bringt.

Dagegen muß man Bauer darin beistimmen, daß es kein s. g. stillschweigendes Complott in dem Sinne giebt, in welchem man wohl von Verschwörungen, die in der verbreiteten Herrschaft gewisser politischer Ansichten und Maximen bestehen sollen, gesprochen hat. Hier fehlt ja aber das wesentliche Requisit der Verabredung, hier würde die Annahme eines Complotts die Rechtssicherheit der Staatsbürger in gewaltigem Maaße gefährden, und dasselbe Hirngespinnst Bedeutung erhalten, wie die von Manchen geträumte „stillschweigende Verschwörung der Fürsten zur Beschränkung der Freiheit der Unterthanen."

§. 92.

Die Frage, ob das eingegangene Complott schon an sich strafbar, wenn noch gar keine auf die Verübung des Verbrechens gerichtete äußere Thätigkeit hinzugekommen ist, muß verneint werden, und zwar nicht blos für den Fall, wo die Complottanten freiwillig von der Ausführung abstehen.

Viele sind dagegen der Ansicht, daß — abgesehen von freiwilligem Aufgeben — die bloße Eingehung als ein strafbarer Versuch des beabsichtigten Verbrechens zu betrachten [1]) sei, und die Auffassung ist in eine Reihe von Landesgesetzen [2])

---

1) Die Behauptung, daß die bloße Eingehung des Complotts wie die Vollendung zu bestrafen sei, ist keiner Kritik werth.

2) z. B. Str.=G.=B. für Braunschweig §. 37, Thüringen Art. 28, Hannover Art. 59, Hessen=Darmstadt Art. 76, Baden Art. 128.

übergegangen. Daß man hierzu dann gelangt, wenn man in jedem Complotte eine gegenseitige Anstiftung erblickt und die Anstiftung an sich für strafbar hält, ist natürlich, aber auch solche Criminalisten, welche sich wenigstens dem ersten Theile dieser Annahme verschließen, nehmen Strafbarkeit des Complotts an sich als einer strafbaren Versuchshandlung an. So sagt Bauer S. 445 a. a. O.: „Das Wesen des Versuchs besteht in der äußeren Erkennbarkeit des auf Hervorbringung eines gewissen Verbrechens gerichteten Vorsatzes, als welcher den Grund der Strafbarkeit des Versuchs ausmacht. Daß aber schon aus der bloßen Eingehung des Complotts an sich und allein dieser strafgesetzwidrige Vorsatz bestimmt und sicher hervorgeht, läßt sich nicht bezweifeln."

Beide Ansichten leiden an einem und demselben Grunde der Unhaltbarkeit, indem sie einen strafbaren Versuch annehmen, bevor mit der Ausführung irgend welcher Anfang gemacht ist. Denn man kann nicht sagen, daß in der bloßen Verabredung eine Ausführungshandlung liege, sie ist höchstens eine Vorbereitung dazu [3]).

Ich darf der Kürze wegen hier auf das in §. 53 über die Straflosigkeit der Anstiftung an sich Vorgetragene verweisen und füge hinzu: Versuch liegt in keiner Weise vor [4]). Will

---

3) Vergl. Cucumus, N. Arch. Bd. 14 S. 9 ff.

4) Mit diesem Resultate ist einverstanden Bar a. a. O. S. 91, freilich gelangt er auf andere Weise dahin. „Da dem Begriffe des Complotts nach die Ausführung von der Beschlußfassung und Bildung des Planes getrennt zu denken ist und von dem Complottanten selbst in dieser Weise gedacht und gewollt wird, so fehlt die dem Begriffe des Versuchs wesentliche continuirliche Verbindung der vorgenommenen Thätigkeit mit der Vollendung bei der Bildung des Complotts noch. Es bedarf, um diese Verbindung herzustellen, noch eines Entschlusses der einzelnen Mitglieder, der von der Gesammtheit schon deshalb nicht im Voraus gefaßt werden kann, weil durch Gesammtbeschluß, wie durch Vertrag oder

man sich hierbei nicht beruhigen, weil das Complott doch immerhin eine sehr gefährliche Handlung sei, so würde man solche Vereinigung gefährlicher Menschen freilich für eine verbotene erklären, im Contraventionsfalle die Theilnehmer aber nur wie andere verbotene Verbindungen behandeln können.

Auch das römische Recht bestraft nicht das bloße consilium initum, nicht die factio s. conspiratio an sich schon. Bei einzelnen Verbrechen nur läßt sich das Gegentheil nachweisen [5]), in anderen Fällen ist Letzteres nicht so deutlich ausgesprochen [6]). Immerhin halte ich es für unzulässig, aus den wenigen, von Strafbarkeit der bloßen Eingehung des Complotts redenden Stellen eine allgemeine Regel herzuleiten. So darf doch wohl nicht angenommen werden, daß das bloße consilium initum ad furtum faciendum der Strafbarkeit unterlegen habe, selbst nicht, wenn es sich um öffentliche extra-

---

Versprechen der Wille des Einzelnen sich thatsächlich nicht binden, vielmehr erst durch die Vornahme der beschlossenen oder versprochenen Handlung selbst sich bestimmen läßt."

5) z. B. bei Verschwörungen gegen den Staat, die Wohlfahrt oder das Leben des Regenten und seiner höchsten Beamten, wie die Geschichte der Söhne des Brutus und die in L. 8 D. 48. 4 in Bezug genommene conjuratio Catilinaria sowie die Bestimmungen der L. 5 C. 9. 8 deutlich ergeben. (Doch fragt sich, ob nicht zur Strafbarkeit vorausgesetzt wird, daß die Verschwörung bis zu einem bestimmten Plane gereift war. Vergl. Arch. v. 1838 S. 368, 369.) Ferner wird Strafe gedroht denen, „qui societatem coiverint ad obligationem innocentium" (L. 1 §. 1 D. 48. 10), desgleichen denen, „qui falsas testationes faciendas, testimoniave falsa invicem dicenda dolo malo coierint" (L. 9 §. 3 D. 48. 10) und „qui societatem coierint, quo annona carior fiat" (L. 2 pr. D. 48. 12).

6) z. B. nicht im Falle eines Complotts zum Zweck der gewaltsamen Befreiung. Die für das Gegentheil angeführte L. 1 pr. D. 47. 18 gehört gar nicht hierher, sie redet von Selbstbefreiung, die wirklich erfolgt ist, und erwähnt dabei des Complotts als eines Schärfungsgrundes. Ebenso wenig beweisend ist m. E. L. 13 D. 48. 3. A. M. Zachariä a. a. O. S. 129.

ordinäre Strafe handelte, dasselbe nimmt Zachariä[7]) an von andern criminibus extraord. Nicht einmal von allen criminibus publicis läßt sich das Gegentheil behaupten, z. B. nicht vom Complotte gegen das Leben eines Andern. Denn aus der L. Cornelia und dem cum telo ambulare folgt dieses nach Allem, was ich früher darüber gesagt habe, noch keineswegs, vielmehr ist nur in einzelnen Fällen das mit gewissen Mitteln und zu bestimmten Zwecken eingegangene Complott für strafbar erklärt[8]), z. B. in L. 3 §. 4. D. ad L. Corn. de sic. Pauli S. R. tit. 23 §. 15[9]).

§. 93.

Daß der freiwillige Rücktritt aller Complottanten jede Strafbarkeit beseitigt, ist von den bewährtesten Rechtslehrern anerkannt und durch Landesgesetze vielfach bestätigt. Was man dagegen gesagt hat, verdient keine Widerlegung, es scheint eben nur, um etwas zu sagen, vorgebracht zu sein.

Schwieriger ist, zu entscheiden, wie der Rücktritt eines Einzelnen, wenn das Verbrechen von den Uebrigen dennoch ausgeführt wird, zu beurtheilen sei.

Wir müssen zwei Hauptfälle unterscheiden:

I. Zeigte der Rücktretende ausdrücklich seinen Austritt

7) Versuch Bd. 2 S. 128.

8) Vergl. Archiv v. 1836 S. 360 Note 86.

9) Die Italiener beantworten unsere Frage zum Theil durch Unterscheidung zwischen Vollendung und Versuch, zum Theil (bei schweren Verbrechen) verhängen sie für das Complott an sich schon die poena ordinaria. Farinacius qu. 112 Nr. 144. 145. Andere verlangen außer der machinatio verbalis noch einen actus extrinsecus, z. B. Auffindung eines Menschen, „qui debeat principem occidere." Farin. qu. 116 Nr. 149. Auch wird von Mehreren das eigene Interesse bestimmt herausgehoben. Vergl. Köstlin, System S. 340 Note 3.

aus dem Complotte den übrigen Theilnehmern an, so wird er

1. doch nie straflos sein, wenn er auf die Andern einen Einfluß in der im §. 89 sub 1 oder 2 angegebenen Art gehabt hat. Diesen hat er ja durch seine Meldung des Rücktritts nicht wirkungslos gemacht, ebensowenig dadurch, daß er vergeblich alles Mögliche that, die Ausführung des Verbrechens zu verhindern [1]), oder wenn er es noch vorher der Obrigkeit denunciirte, worin eben auch nur ein vergeblicher Versuch der Verhinderung gefunden werden kann [2]). Allerdings wird aber in dem Rücktritt ein Strafmilderungsgrund [3]) erblickt werden dürfen, wenn er den übrigen Complottanten re adhuc integra angezeigt wurde [4]), fehlt diese Voraussetzung, so ist der Rücktritt irrelevant [5]).

---

1) Fast alle Juristen nehmen das Gegentheil an. Vergl. Geib Bd. 2 S. 363, 364. Indeß das von mir Behauptete ist eine unabweisbare Consequenz aus dem, was in §. 89 sub 1 u. 2 und in der Lehre von der Anstiftung (§. 59) ausgeführt ist.

2) Auf das römische Recht kann man sich nicht zum Beweise der Straflosigkeit des Denuncianten berufen; denn die dafür angeführte L. 13 D. 48. 3 und L. 5 C. 9. 8 enthalten besonders qualificirte und deshalb nicht zu generalisirende Fälle.

3) Man hat behauptet, daß dem Anstifter aller Beweggrund entzogen würde, sich aus dem Complotte zurückzuziehen, wenn er nicht durch Denunciation bezw. Aufwendung alles ihm zu Gebote Stehenden behufs Verhinderung des Verbrechens sollte straflos werden können. Daß dieses unrichtig ist, ergiebt sich, wenn man einen Strafmilderungsgrund annimmt. Straflosigkeit zulassen hieße dagegen geradezu der Gerechtigkeit zuwiderhandeln.

4) Die Stärke dieses Milderungsgrundes würde sich verschieden herausstellen, jenachdem außer der zeitigen Anzeige des Rücktritts noch etwas Weiteres geschieht (z B. der Rücktretende eine Denunciation bei der Obrigkeit macht oder Handlungen, welche das Zustandekommen des Verbrechens verhindern sollen, vornimmt).

5) Daß das im Texte Gesagte nur und stets auf Anführer des

2. Gehört der Zurücktretende nicht zu den sub 1 gedachten Theilnehmern des Complotts, so ist er schon straflos, wenn er den Andern nur rechtzeitige Anzeige macht, denn er hat entschieden seinen Willen aus dem Complottwillen zurückgezogen, was genügen muß, da wir annehmen, daß die Uebrigen von ihm nicht bestimmt oder beeinflußt wurden. Strafmildernd wirkt der Rücktritt wenigstens dann, wenn die Anzeige nicht rechtzeitig geschieht[6]).

II. Der zweite Hauptfall ist der, wo sich ein Einzelner zwar nicht ausdrücklich vom Complotte lossagt, aber bei der Ausführung gar nicht erscheint, oder, wenn zwar anwesend, doch nicht die versprochene oder nicht diejenige Mitwirkung leistet, welche man von ihm erwarten konnte.

1. Ist der Ausbleibende oder sich unthätig Verhaltende den Uebrigen gegenüber als Anstifter zu betrachten (§. 89 sub 1 und 2), so kann er nicht mit Strafe verschont

Complotts Anwendung finde, wie man häufig ohne Bedenken behauptet hat, kann ich nicht annehmen. Es kommt vor, daß solche Theilnehmer zu Anführern erwählt oder durch's Loos bestimmt werden, die gar keinen Einfluß auf die andern haben, dem Zwecke der Verbindung gar nicht förderlich sind, ihm vielmehr geradezu durch Zaghaftigkeit, stete Aeußerung von Bedenken und dergl. entgegenwirken, während gar Niemand oder ein anderer Theilnehmer, bald mehr bald weniger in die Augen fallend, die Rolle spielt, die dem Anführer zugedacht war. Anführer ist auch nicht immer derjenige, der den Plan der Ausführung entworfen hat, dieser ist vielleicht nicht entfernt sein geistiges Product; ebenso wenig braucht der Anführer immer der Anstifter, er kann gerade der Verführte sein. Weshalb soll man ihn in solchen Fällen anders behandeln, als die s. g. einfachen Complottanten? Wir müssen, um den richtigen Weg zu gehen, von dem Ausdrucke „Anführer" abstrahiren und in jedem concreten Falle blos feststellen, ob der Zurücktretende auf die Uebrigen einen Einfluß im Sinne des §. 89 sub 1 2 geübt hat.

6) Geib a. a. O. S. 364. Bar §. 27, 1.

werden, denn aus seinem Benehmen kann den Uebrigen höchstens hervorgehen, daß er zurückgetreten ist, und da ihn nicht einmal der ausdrückliche Rücktritt vor Strafe schützen würde (Nr. I. 1), so wird es hier noch weniger der Fall sein. Er wird vielmehr zu vertreten haben, was die Anderen verbrechen[7]). — Daß ebenso wenig der Unthätige, wenn auch Erschienene straflos ist, wird sich noch weiter unten zeigen.

2. Hinsichtlich anderer Theilnehmer pflegt man weiter folgende Fälle zu unterscheiden:

A. Ist Willensänderung Grund des Ausbleibens, so liegt wenigstens hierin ein bedeutender Strafmilderungsgrund[8]).

B. Sonst liegt strafbarer Versuch des durch das Complott beabsichtigten Verbrechens vor[9]). Denn was geschah, ist doch immer mit des Ausbleibenden Willen geschehen und man straft ja noch den sogar, der seinen Sinn änderte, indeß den Andern keine Anzeige hiervon machen konnte[10]).

---

7) Man darf nicht glauben, daß die Uebrigen, welche das Verbrechen doch ausführen, obgleich sie sehen, daß sie auf die Mitwirkung des Ausbleibenden nicht rechnen können, sich jetzt selbst bestimmen, der Ausbleibende also nicht mehr als Anstifter erscheint. Im Hinblick auf §. 89 sub Nr. 2 liegt dieses auf der Hand, es ist aber auch nicht anders in Bezug auf den sub 1 daselbst beschriebenen Fall. Denn haben einmal die in Bewegung gesetzten Leidenschaften die Uebermacht erlangt, so werden die Uebrigen von ihnen dermaßen weiter getrieben, daß sie nun auf den Ausfall eines Einzelnen keine Rücksicht mehr nehmen, sondern zur Ausführung schreiten. Daß es bis dahin kommt, bleibt aber immer Folge der anfänglich versprochenen Mitwirkung, und dafür ist der Ausbleibende noch immer verantwortlich.

8) Geib a. a. O. S. 365.

9) Geib a. a. O. und die daselbst Citirten.

10) Ich meinerseits bin freilich der Ansicht, daß man letzteren gar

Was nun insonderheit den erschienenen, aber unthätig verbleibenden Complottanten anbetrifft — auf den ich reduciren zu wollen sub 1 erklärte — so wird auf sein negatives Verhalten, wenn die Andern auf seine Mitwirkung rechneten, doch nichts ankommen, weil sie immer noch erwarten, er werde zur Thätigkeit schreiten. Und selbst, wenn sie das thun, was er ausführen sollte, thun sie dieses, weil sie durch seine Zusage einmal in Bewegung gesetzt sind. Gerade dadurch, daß er sein Wort nicht hält, steigert sich nicht selten ihr Eifer im Handeln. — In dem Falle dagegen, wo den Uebrigen die Mitwirkung des unthätig Bleibenden gleichgültig war und er wegen eingetretener Sinnesänderung vom Mithandeln sich abhalten läßt, wird er, wie der ganz Ausgebliebene, straflos sein; war nicht Sinnesänderung Grund seiner Unthätigkeit, so wird er wegen Versuchs bestraft werden müssen [11]).

---

nicht strafen darf. Denn das Verbrechen ist nicht mit seinem Willen geschehen, er hat denselben aus dem Complottwillen zurückgezogen. Daß er dieses that, ist zwar den Andern aus seinem Ausbleiben mit Bestimmtheit nicht kund geworden, dieses bleibt gleichwohl irrelevant, denn wir sprechen ja von einem Nichterschienenen, durch den sich die Uebrigen überhaupt nicht haben bestimmen lassen.

11) In Rücksicht von Fällen, wie ich sie in diesem §. und in §. 89 vorausgesetzt habe, gebe ich gern zu, daß es in der Praxis oft schwer sein wird, zu ermitteln, ob Complottanten einander bestimmt haben, ob sie auf einander rechneten, oder ob ihnen der Beitritt bezw. die Mitwirkung eines oder mehrerer Mitglieder gleichgültig war. Dieses wird aber weniger bedenklich erscheinen, wenn man nur überhaupt die Möglichkeit zu erlangender Gewißheit über die Sachlage concedirt, und diese Möglichkeit wird man doch nicht in Abrede stellen können. Denn ganz abgesehen von den Geständnissen und Angaben, welche die einzelnen Theilnehmer am Complott in dieser Beziehung machen, wird in dem, was sie vor, bei und nach Entstehung des Complotts erwiesenermaßen, darüber etwa gesagt oder schriftlich, z. B. in Briefen, geäußert haben nicht selten genügendes Material zur Beantwortung der Fragen, um die es sich hier handelt, liegen So oft sich gleichwohl bezüglich eines in Rede stehenden Complottanten nicht ermitteln lassen sollte, ob und wie

§. 94.

Ist bei Ausführung des verabredeten Verbrechens ein Exceß vorgefallen, so haften die Complottanten, soweit sie (nach §. 89 1 und 2) als Anstifter erscheinen, ganz in der Weise, wie solches oben (§. 55) aus einander gesetzt worden ist. Die Uebrigen sind aber nicht verantwortlich für das, was über die Verabredung, d. h. über den deutlich ausgedrückten Gesammtwillen hinaus geschieht, indem hierfür nur die excedirenden Theilnehmer haften [1]).

§. 95.

Was die Bestrafung des Complotts anlangt, so ist diese in folgenden zwei Fundamentalsätzen ausgedrückt:

1) Der wirkliche Theilnehmer eines Complotts, d. h. derjenige, der nicht blos den Complottmitgliedern als Gehülfe dient, wird ohne Rücksicht auf den Grad seiner Mitwirkung, da er als Urheber dessen, was verbrochen, zu betrachten ist, die auf dieses gesetzte Strafe zu erleiden haben.

---

weit sein Beitritt von Einfluß auf die übrigen war, ob er namentlich als Anstifter der einen oder anderen Art anzusehen sei, wird man allgemeinen und von Niemandem bezweifelten strafprocessualischen Grundsätzen gemäß ihn als Anstifter eben nicht behandeln.

1) Nicht zu übersehen ist hierbei, wie in der Praxis die Sache dadurch oft ihre großen Schwierigkeiten annimmt, daß sich nicht feststellen läßt, was als verabredet anzusehen sei. Befindet sich der Richter in dieser Ungewißheit, so darf er nicht unterlassen, zu erwägen, ob und wie weit sich das Geschehene als zufällige Miturheberschaft auffassen lasse. Beispiele finden sich in Demme's Annalen (S. 149) (complottartiger Anfang, doch kann die spätere Tödtung nicht als Folge eines Mordcomplotts betrachtet werden). Ebend. Bd. 3 S. 113. Bd. 7 S. 143. Bd. 12 S. 124—133. Bd. 16 S. 161. Hitzig, Repertorium z. Zeitschrift Jahrg. 1825—1828 S. 143, 144. Jahrg. 1820 S. 64. Jahrg. 1830 S. 91, 92.

2) Das Complott ist wegen seiner Gefährlichkeit ein Strafmehrungsgrund.

Hiernächst ist zu bemerken

ad 1. Aus dem zuerst aufgestellten Satze folgt, daß bei absolut bestimmten Strafgesetzen die Bestrafung aller Complottanten eine gleiche sein muß (z. B. es stände auf das Verbrechen, welches begangen worden ist, die Strafe des Schwerts in einem Lande, wo es keine qualificirte Todesstrafe giebt). In allen Fällen dagegen, wo dem richterlichen Ermessen Raum zwischen einem maximum und minimum der zu erkennenden Strafe gelassen ist, wird sich innerhalb des bestimmten Strafrahmens die Zumessung nach der größeren oder geringeren subjectiven wie objectiven Gefährlichkeit der Einzelnen richten[1]). Wollten wir alle Theilnehmer schlechthin gleich behandeln, so würden wir gegen den allbekannten Satz verstoßen, daß jeder Verbrecher nach seiner Verschuldung zu beurtheilen ist[2]).

---

1) Es ist ein Unterschied zwischen dem Complottanten als Glied, als Träger des Ganzen und dem Complottanten für sich. In erster Beziehung sagen wir: er ist Urheber, — in der zweiten: er ist je nach dem Grade seiner Bosheit und Wirksamkeit mehr oder weniger strafbarer Urheber. Berner, Theiln. 456. Sehr bestimmt wird dieses anerkannt im Badischen Str.=G.B. 126. 127. S. auch Hannover Art. 58. Hessen=Darmstadt Art. 74 und 75 und Art. 79 des Würtenb. Gb. vom 1. März 1839.

2) Hälschner a. a. O. S. 394. „Eine Ungleichheit der Strafbarkeit kann ihren Grund nur in dem verschiedenen Maße der sittlichen Schuld, der größeren oder geringeren Böswilligkeit haben, und eine solche Verschiedenheit kann auch bei dem Complotte stattfinden, jenachdem die einzelnen Theilnehmer als Verführer oder nur als Verführte erscheinen." Dies ist zu einseitig. Es kann Jemand Complottant und doch weder Verführer oder Verführter sein (vergl. §. 89), vielleicht war er der thätigste bei der Ausführung, die ohne ihn wohl gar nicht einmal gelungen wäre. Also ist der Grad der Wirksamkeit, der uns ja mitunter

Daher denn die überall in Gesetzen hervorgehobene Bestimmung, daß der s. g. „Stifter“[3]) des Complotts und der „Rädelsführer“[4]) besonders hart zu strafen sei. Wenn man gemeint hat, es sei inconsequent, bei absolut bestimmten Strafgesetzen alle Theilnehmer gleich zu behandeln, und in dem jetzt besprochenen Falle ungleiche Strafe zu bestimmen, so bedarf dieses gar keiner Widerlegung. Zudem wird — abgesehen von der Todesstrafe — h. z. T. wohl kaum noch eine abso-

---

den einzigen Schluß auf den Grad der Boswilligkeit thun läßt, von großer Bedeutung. Aber man darf nicht blos oder vorwiegend auf das wirkliche Mithandanlegen sehen, ein Wink, eine Gebärde kann ein sehr wirksames Mittel der Instruction und Aufmunterung für die übrigen Mithandelnden und alle Handanlegenden sein, ohne welches diese vielleicht nicht so weit, als geschehen, gegangen wären.

3) Stifter ist, wer das Complott zu Stande gebracht hat, es kann Einer, es können auch Mehrere dasselbe gestiftet haben. Daß der Stifter den ersten Anstoß bewirkt haben müsse, läßt sich nicht behaupten. Wer das erste Wort ausspricht, ist mehr oder weniger zufällig. Es kommt darauf an, ob Jemand eine solche Thätigkeit entwickelte, daß das Zustandekommen des Complotts als sein Werk angesehen werden kann. Wer nur den ersten Anstoß gab zur Stiftung der Gesellschaft, das Weitere Andern überlassend, wer vielleicht nur ein Mitglied anwarb, welches nun weitere Theilnahmer wirbt, kann als Stifter nicht betrachtet werden, aber jener wie der von ihm Angestiftete sind strafbarer als Andere. Von letzteren kann Einer oder Mehrere sehr wohl als eigentliche Stifter des Complotts erscheinen. Oft läßt sich gar nicht sagen, daß irgend ein Bestimmter der Stifter ist. Berner a. a. O. S. 400 ff.

4) Es ist hier der Ort, den Begriff des s. g. Rädelsführers zu besprechen. Will man darunter den verstehen, dem die Leitung des Ganzen oder die Rolle des Anführers bei der Ausführung übertragen ist, so würde der im Texte ausgesprochene Satze gar nicht überall richtig sein. Wir haben früher bemerkt, daß der von den Uebrigen, sei es, auf welche Weise immer, zum Anführer oder Leiter des Unternehmens Bestimmte gar nicht allemal den in ihn gesetzten Erwartungen entspricht. Wer blos nomineller Leiter oder Anführer ist, kann in Wirklichkeit der aller ungefährlichste und unschädlichste unter den Theilnehmern sein, nach seinem Benehmen allein bestimmt sich seine Strafbarkeit. Nennen wir aber denjenigen Rädelsführer, der den von den Andern gebilligten

lut bestimmte Strafe vorkommen. Die Todesstrafe hat der Natur der Sache nach keine Gradation nach unten, nach oben (durch Marter u. s. w.) sie zu graduiren, wird in civilisirten Staaten immer mehr für unwürdig gehalten.

ad 2. Das Complott hat eine besondere Gefährlichkeit, deren Grund darin liegt, daß es den Willen, Muth, die Begierden und Leidenschaften steigert, so daß die einzelnen Mitglieder durch gegenseitige Aufregung und Wetteifer leicht hingerissen werden, weiter zu gehen, als sie ursprünglich wollten oder überhaupt zur Erreichung ihrer verbrecherischen Absicht nothwendig war. Andererseits macht das Bündniß der Mehrerer den Rücktritt des Einzelnen schwer und verhindert ihn oft ganz, sei es, daß Furcht vor der Rache der Uebrigen, oder eine verkehrte Scham von thätiger Reue abhalten. Doch ereignet sich auch wohl, daß es für die das Verbrechen Aus-

---

Plan der Ausführung entwarf, den Einzelnen ihre Rollen anwies, durch seine Darstellung der möglichen Vortheile des Verbrechens den Eifer der Uebrigen mehrte, oder bei der Ausführung realiter die Leitung der Sache in Händen hatte, durch Beispiel, Ermahnung, Lob und Tadel, Beseitigung von Hindernissen und dergl. sich vor Andern hervorthat (in welchen zuletzt gedachten Fällen er richtiger Anführer genannt wird), so müssen wir solchen Rädelsführer bezw. „Anführer" allerdings in erhöhtem Maße strafwürdig halten. In den Schriften der Criminalisten wird dieser Unterschied nicht genau gemacht, sie nennen namentlich den, der die Anführung übernahm, weil sie ihm durch Wahl oder Loos übertragen ward, schlechthin Anführer und sprechen von höherer Strafbarkeit, ohne zu bedenken, daß mitunter absichtlich die Wahl einen Unfähigen trifft, weil jeder Fähigere selbst gern die Leitung und Anführung haben möchte, die er, wenn sie nominell jenem übertragen wird, an sich selbst zu bringen hofft. Auch kommt es vor, daß der, dem die Vorlegung eines Planes der Ausführung oder Organisation des Bundes übertragen wird, Vorschläge macht, die nach gehaltener Berathung und Beschlußnahme sich ganz anders gestalten, so daß wenig Ursprüngliches im Verhältniß zu dem daran Geänderten übrig bleibt, Plan und Organisation somit das Werk Anderer ist, die sich gar nicht mehr ermitteln lassen.

führenden ganz gleichgültig blieb, ob ein oder anderer Theilnehmer mitwirkte, oder seine Mitwirkung sich auch nur erwarten ließ, ob er überhaupt Theilnehmer ward oder blieb, im letzten Falle also seine Existenz im Bunde oder sein Verhalten in demselben für das der Uebrigen von gar keiner Bedeutung war. Wollen wir jetzt den Theilnehmer ebenfalls, blos weil er Complottant ist, härter strafen?

§. 96.

Untersuchen wir aber, ob sich das Gesagte mit Aussprüchen der Justinianischen Rechtsbücher belegen lasse. Von denen, die noch an den subjectiven Standpunkt der Römer glauben, wird behauptet, daß bei diesen alle Complottanten mit gleicher Strafe belegt wurden. Dagegen bemerkt, wie ich glaube, mit Recht Zachariä[1]), daß, wenn auch die verschiedenen vom Complotte handelnden leges[2]) keinen Unterschied zwischen der Strafbarkeit der einzelnen Theilnehmer machten, sich auf jene speciellen Bestimmungen nicht die Annahme gründen lasse, daß nach römischem Rechte in allen Fällen sämmtliche Theilnehmer auf gleiche Stufe der Strafbarkeit gestellt werden müßten. Ich meine, daß in jenen Stellen nur der allgemeine Grundsatz ausgesprochen ist, Complottanten seien wie Urheber anzusehen und zu strafen, es braucht aber wohl nach Allem, was im allgemeinen Theile von der relativen Strafbarkeit gesagt wurde, nicht weiter nachgewiesen zu werden, daß die Strafe der Urheber von den römischen Gerichten nicht immer in gleicher Art und Größe erkannt, sondern „pro conditione personae et

1) Versuch, Bd. 2 S. 128.

2) Z. B. L. 3 pr. D. ad L. Jul. de vi publ. L. 1 §. 1 D. ad L. Corn. de fals. L. 9 §. 3 und L. 20 ibid. L. 2 pr. D. ad L. Jul. de annona.

prout res jacebat, pro quantitate delicti etc. in einem Falle dasselbe Verbrechen mit härterer oder gelinderer Strafe belegt ward als im andern.

Dasselbe konnte daher unzweifelhaft auch geschehen, wenn nicht zwei Verbrechen derselben Art von je einem Urheber, sondern ein einziges von zwei Urhebern begangen war. So hat auch, wie sich gleich weiter zeigen wird, das canonische Recht die Sache aufgefaßt. Dieses nimmt bei seinen Strafbestimmungen über Complott auf das römische, dem es überhaupt folgt, in den Worten, die durch den Druck in der Note 1 und 2 hervorgehoben sind, ausdrücklich Bezug. —

§. 97.

C. 21 und 22. C. 11. qu. 1 [1]) lassen als Regel erkennen, daß Complottanten, wenn nicht besondere Gründe ent-

1) c. 21 C. 11 qu. 1. „Conjurationum et conspirationum crimen (quod apud Graecos dicitur *φρατρια*) publicis etiam legibus certum est penitus inhiberi. Hoc multo magis in sancta Dei ecclesia ne fiat, convenit abdicari. Si qui vero clerici vel monachi inventi fuerint conjurantes, aut conspirantes, aut fratrias, vel factiones componentes aliquas suis episcopis, aut clericis aliis, omnino cadant de proprio gradu.“

c. 22. (Calixtus papa episcopis Galliae ann. 222. Roma in Galliam) „Conspirationum crimina vestris in partibus vigere audivimus, et plebes contra episcopos suos conspirare nobis manifestum est: cujus criminis astutia non solum inter Christianos abominabilis est, sed etiam inter ethnicos et ab exteris legibus prohibita. Et idcirco hujus criminis reos non solum ecclesiasticae, sed etiam saeculi damnant leges, non solum conspirantes, sed etiam consentientes eis. Antecessores nostri vero cum plurima turba episcoporum, quicumque eorum in sacerdotali honore sunt positi, aut exitunt Clerici, honore, quo utuntur, carere praeceperunt: ceteros vero communione privari, et ab ecclesia extorres fieri jusserunt, omnesque simul utriusque ordinis viros infames esse censuerunt, et non solum facientes, sed et eis consentientes.“

gegenstehen, mit der vollen Strafe belegt werden sollen, ohne Unterschied, ob sie ausdrücklich oder stillschweigend dem Complotte beigetreten sind. In der letzteren Bedeutung verstehe ich die „consentientes“[2]) im 2. Satze des c. 22 cit. (anfangend mit den Worten „Et idcirco hujus criminis“), wogegen die am Schlusse des Cap. gedachten „consentientes“, weil sie hier den Gegensatz zu den „facientes“ bilden, wieder eine andere Bedeutung haben. Es soll mit dem Worte „consentientes“ hier gesagt sein, daß auch der gar nicht thätig gewordene Complottant schon als solcher der gleichen Strafe unterliege, wie der Thätige. Mit dieser Auffassung stimmt auch der Inhalt des c. 47 X. 5. 39, welche Stelle freilich auch auf negative Beihülfe bezogen werden kann.

Böhmer[3]) versteht vom Falle eines Complotts auch das schon mehrfach zur Erörterung gekommene cap. 6 X. 5. 12, mit dem Bemerken, daß freilich nur von Belegung mit poenitentia, non de criminali poena die Rede sei. Er erblickt in §. 1 des c. 6 cit. den Fall, wo „plures mediante conspiratione aliquem trucidarunt“ und fährt wörtlich so fort: „Etiam hunc casum tangit Alexander III. in c. 6 X. h. t. quaesitus, quid sentiendum esset de nefanda caede Contuariensis episcopi B. Thomae in ipsa ecclesia per conspirationem occisi. Pontifex enim cum homicidis in parem censum eos refert, qui animo occidendi archiepiscopum circa manuum injectionem fassi erant se venisse, quod rationem habet, quia omnes conspiraverant in ejus mortem et animo occidendi advenerant, licet non omnes vulnus inflixissent“. Ich trage Bedenken, mich dem Gesagten

---

2) Ich erinnere hier an die conscii des römischen Rechts (§. 70) nach Luden's Auffassung, obwohl man dabei nicht stehen zu bleiben braucht.

3) S. dessen Jus eccles. lib. V. tit. 12 §. 24.

anzuschließen. Denn es ist nicht außer allem Zweifel, ob hier wirklich von einem Complott die Rede ist[4]). Will man indeß solches annehmen, so folgt doch daraus noch gar nicht für alle Complottanten, daß sie gleiche Strafe leiden sollen, selbst für diejenigen nicht, welche bei Ausführung des projectirten Verbrechens gegenwärtig waren. Denn die in §. 1 unseres c. 6 vorkommenden Worten „pari poenitentia" sind von dem Zusatz „vel fere pari" begleitet. Ferner würde man mit gleichem Rechte, wie bei den in §. 1 bezeichneten, so auch bei den in §. 2 gedachten Personen ein Complott anzunehmen haben, nur daß diesen eine andere Rolle zugetheilt wäre als jenen. In Betreff der im 2. §. Vorkommenden ist aber verbis praeceptivis eine gelindere Behandlung angeordnet. Jedenfalls würde sich somit das Resultat ergeben, daß, wo es sich um Censuren handelt, wenigstens nicht nothwendig der Grundsatz gleicher Strenge zur Anwendung kommt. Ebensowenig mag ich denselben bei eigentlichen Strafen behaupten[5]); denn die vorhin besprochenen in c. 21 und 22. C. 11 qu. 1 vorkommenden Fälle lassen sich ohne Bedenken nicht generalisiren. Es handelt sich um ein Complott gegen den Bischof, also den Inhaber der Kirchengewalt in seiner Provinz[6]), ein dem complottirten crimen majestatis des römischen Rechts

---

4) Ich bestreite nicht, daß man ein Complott annehmen könne, sehe aber nicht ein, weßhalb man es annehmen müsse.

5) Anderer Meinung waren die italienischen Juristen aber was sie für ihre Meinung anführen, ist nicht beweisend, sie stützen sich auf Aussprüche des römischen Rechts, und haben dieses auch hier nicht richtig verstanden.

6) Im canonischen Rechte sind verschiedene Verbrechen nach Analogie des crimen majestatis behandelt (z. B. c. 5 in VI. 5. 9. c. 2 i. f. dist. 79. c. 4. C. 15 qu. 3), obgleich sie nicht unter den Begriff des letzteren fallen. Erwägt man, welche Stellung ein Bischof einnahm, so kann es nicht auffallen, wenn das Complott gegen ihn in der Weise,

ganz analoges Verhältniß und, so wenig es thunlich ist, aus den Bestimmungen der L. 5 C. 9. 8 und andern im römischen Rechte vorkommenden Stellen einen allgemeinen Grundsatz gleicher Strafe herzuleiten[7]), ebensowenig dürfte solches bei den gedachten canonischen Bestimmungen zulässig sein.

§. 98.

Das ältere deutsche Recht hat nach meiner Ueberzeugung nicht in allen Fällen die Complottanten mit gleicher Strafe belegt. Solches wäre durchaus nicht der altgermanischen Rechtsanschauung entsprechend, nach welcher der Thäter überall gleichsam im Vorder-Grunde der strafrechtlichen Betrachtung steht[1]), so daß jedenfalls Complottanten, welche zwar mit im Rathe gewesen waren, aber nicht an der That Theil genommen hatten, geringer bestraft wurden. Bestätigt wird dieses durch L. Wisigoth. VI. 5. 12 i. f., welche denen, die „percusserint, aut quocunque ictu hominem interfecerint", den Tod droht, dagegen denen, die mit jenen „consilium habuisse reperiuntur, quamvis non percusserint, propter iniquum tamen consilium" Geld- und Leibesstrafen in Aussicht stellt[2]). Unter denen, die bei der That mitwirkten, scheint man dagegen keinen Unterschied gemacht zu haben. John

---

wie das gegen die in L. 5 pr. C. 9. 8 genannten hochstehenden Personen gerichtete Verbrechen bestraft wird. In Betreff von Cardinälen ist dieses in c. 5 in VI. cit. ausdrücklich anerkannt (. . . „sicut reus criminis laesae majestatis perpetuo sit infamis" . . .).

7) Vergleiche §. 24 Zachariä, Verf. Bd. 2 S. 128 und meine früheren Bemerkungen über die Frage in §. 82. 1.

1) Wilda a. a. O. S. 634.

2) Die Bestimmungen über Gefolgschaft können nicht hierher gezogen werden, Gefolgschaft ist eine Art Beihülfe, Vergl. oben §. 30 und Wilda a. a. O. S. 613.

(S. 209) ist derselben Ansicht[3]) mit Berufung auf Hamburger Recht 1270 XII. 3, ad. 1. Leipziger Schöppenurtheile 558 b. Zobel al. 2 a. E. (wo es sich um Tödtung handelt), und in Ansehung des Diebstahls ergiebt es Ruprecht von Freisingen II. 38 (abgedruckt bei Geib a. a. O. Bd. 2 S. 336). Dasselbe auch von der peinl. G.-O. anzunehmen, trage ich aus dem Grunde Bedenken, weil sie die Strafen nach subjectiven und objectiven Gründen zu bestimmen überall bemüht ist, und in Betreff der Theilnahme am Verbrechen sich sehr ähnlich bezw. übereinstimmend mit dem römischen Rechte ausspricht[4]).

Wer sich zum Beweise des Gegentheils auf den Anfang des Art. 148 beruft, läßt außer Acht, daß daselbst nicht von all und jeden complottmäßigen Verbrechen, sondern blos vom Complott der Tödtung die Rede ist, daß auch nicht allen Mördern gleiche Strafe gedroht, sondern im Allgemeinen gesagt wird, sie erleiden Todesstrafe, was im Sinne der peinl. G.-O. noch eine sehr verschiedene Behandlung zuläßt.

§. 99.

Die deutschen Partikulargesetze enthalten nicht überall richtige Bestimmungen. Von den neuesten ist in dieser Beziehung schon Manches gesagt worden, von früheren will ich noch anführen:

1) die Chursächsischen, welche verordnen, daß Gehülfen und Helfer in der Regel den Dieben nicht gleich zu achten, wenn sie nicht Mitverschworene sind[1]). Mit

3) S. auch Geib a. a. O. Bd. 2 S. 336.

4) In der Lehre von der Beihülfe (§. 84) tritt dieses besonders hervor.

1) Const. Elect. Sax. 40 P. 4 (ed Moller. Lipsiae 1612 p. 614. 6. Rescr. vom 14. Febr. 1721.

Bezug hierauf interpretirt Stübel[2]) die Räubermandate vom 27. Juli 1719 und 20. November 1753[3]) und bemerkt, daß die gleiche Bestrafung nicht schon von der bloßen Vereinigung abhänge, sondern nur dann einen Theilnehmer der Verschwörung treffe, „wenn er auch sein Versprechen erfüllt und Hülfe und Beistand geleistet". Ebenso sei es nach dem Mandate vom 15. Januar 1791 §. 17, wenn Mord, Raub, Brand oder ein anderes härter zu bestrafendes Verbrechen bei Tumult und Aufruhr begangen worden, welchenfalls diejenigen, die sich zur Ausübung eines solchen Verbrechens vereinigt und bei dessen Ausführung einander Beistand geleistet haben, mit der auf das Verbrechen gesetzten Strafe belegt werden.

2) Das Preuß. Landrecht Theil II. tit. 20 bestimmt in §. 66: „Verbrechen, zu deren Begehung sich Mehrere verbunden haben, müssen schärfer bestraft werden, als eben diese Verbrechen".

In §. 65 ist gesagt: „Hat einer sich als Haupturheber ausgezeichnet, und die Uebrigen zum Verbrechen verleitet, so wird die ordentliche Strafe gegen ihn geschärft." Der §. 73 setzt fest: „Wenn sich Mehrere zu einem gemeinschaftlich auszuführenden Verbrechen verbunden haben, so muß jeder von ihnen für sämmtliche verabredete Handlungen haften, wenn er auch nur zu Einer behülflich gewesen ist."

§. 100

II. Die zufällige Miturheberschaft unterscheidet sich dadurch vom Complotte, daß bei ihr keine Trennung von Plan und Ausführung Statt findet[1]). Die Miturheber einigen

2) S. dessen Thatbest. der Verbr. §. 33. 65. 66.

3) C. A. I. S. 1900 Forts. des C. A. I. S. 802.

1) Bar a. a. O. §. 26. — In den Schriften der älteren deutschen Juristen und der Italiener wird zwischen Complott und zufälliger Mit-

sich erst bei der letzteren selbst, sei es mit oder ohne desfallsige Erklärungen, eine zuvorige Verabredung kommt durchaus nicht vor.

Bei der zufälligen Miturheberschaft hat jeder Theilnehmer dieselbe Absicht wie der andere, die er sowohl im eigenen Namen, als in dem des letzteren verfolgt[2]). Will er also das Verbrechen als sein eigenes, so muß er für sein eigenes Handeln als Urheber einstehen, will er das Verbrechen zugleich als das des Andern, also in der Weise eines Gehülfen, um wiederum seinerseits die Handlung des Andern als Beihülfe anzunehmen, so muß er sie auch mit vertreten.

Mangel einer zuvorigen Planstiftung ist nicht so zu verstehen, als dürfe, um zufällige Urheberschaft anzunehmen, überhaupt keine Verständigung rücksichtlich der Ausführung des Verbrechens Statt finden. Es muß allerdings eine solche vorhanden sein, wenn Mehrere eine in einander greifende, zusammenwirkende Thätigkeit entwickeln sollen. Aber sie bildet sich erst bei Gelegenheit oder vermittelst der Ausführung, die Verständigung liegt in dem Zusammenwirken[3]) selbst, mögen auch Worte dabei ge-

---

urheberschaft nicht oder wenigstens nicht bestimmt unterschieden (z. B. August ad Ang. § et Andr. Mar. No. 23).

2) Wüßte und verfolgte er sie nicht als seine eigene, so wäre er überhaupt nicht Urheber, verfolgte er sie nicht als die des Andern, so fehlte es an dem Bande der Miturheberschaft. Berner, Theiln. S. 348 ff.

3) Man muß zufällige Miturheberschaft genau unterscheiden von zufälligem Zusammentreffen mehrerer Urheber.

Angenommen, zwei Diebe, die auf einer Leiter einsteigen, sind im Hause beschäftigt, als ein Dritter, der ebenfalls diebische Absicht hat, die Leiter bemerkt und, die gute Gelegenheit benutzend, emporsteigt, da entsteht Lärm, alle Drei entfliehen, die beiden Ersten mit gestohlenen Sachen, der dritte ohne solche. Hier ist dieser nur wegen versuchten Diebstahls zu bestrafen, er ist noch gar nicht Miturheber des vollendeten Diebstahls geworden, für ihn haben die beiden Andern noch gar nicht mitgehandelt.

braucht werden. Jeder sieht, was bei der Handlung des Andern zur Erreichung des Beabsichtigten noch zu thun ist, nimmt, was die Andern thun und was er selbst mit ihnen zusammen bewirkt hat, als vorhandene günstige Bedingung des Erfolges an, und sucht unter so gestalteten Umständen das Ziel zu erreichen [4]). Die Thätigkeiten der Mehreren vermitteln also den Erfolg, indem sie sich unter einander vermitteln; sind nun die verschiedenen Thätigkeiten, die den Erfolg vermitteln, unter sich vermittelt, so ist jede derselben Vermittelung des Erfolgs. Das Resultat ist der in seiner Totalität allen denen als Urhebern zuzurechnende Gesammterfolg, welche mit dem animus der Miturheberschaft irgendwie mitgewirkt haben, ohne vor der Vollendung zurückgetreten zu sein [5]). Wenn z. B. der Raufhandel die zufällige Miturheberschaft einer Tödtung begründet, so werden zunächst diejenigen auszuscheiden sein, die nur Körperverletzung beabsichtigten, ferner sind von denen, die bis zur Vollendung mitwirkten, diejenigen zu trennen, die schon vorher freiwillig zurücktraten; aber wegen vollendeter Tödtung sind zu bestrafen, die mit dem animus occidendi bis zur Vollendung von dem gemeinsamen Vorhaben nicht abstanden. Dieser animus wird sich freilich bei der zufälligen Miturheberschaft meistens nur

4) Berner a. a. O. S. 354. Jeder sucht vielleicht anfänglich nur seinen eigenen Willen in Erfolg umzusetzen, ohne noch von der Uebereinstimmung seines Willens mit dem eines Anderen zu wissen; die Thätigkeiten Beider stoßen aber auf einander, wodurch sich objectiv der Wille des Einen mit dem des Andern vermittelt, indem Jeder in der Thätigkeit des Andern seinen eigenen Willen als deren subjectiven Typus gewahr wird.

5) Den Zurücktretenden würde, weil sie als Anstifter der Uebrigbleibenden nicht erscheinen, nur Versuch zu imputiren sein, sie haben zwar zu vertreten, was bei ihrem Rücktritt durch die Thätigkeit Aller bereits verwirkt war, aber nicht, was von da an noch etwa geschieht.

ex re, d. h. aus der Zufügung tödtlicher Verletzungen erweisen lassen, so daß häufig diejenigen, die nicht tödtliche Verletzungen zufügten, mit der Strafe bloßer Körperverletzungen davon kommen werden. Wo dagegen jener animus ermittelt wird, da kann nur die Strafe der Tödtung Platz greifen. Denn wie die vielen Handlungen objectiv in einem Gesammterfolg aufgehen, so legen sie sich nothwendig subjectiv bei Jedem in die Gesammtabsicht zurück, und eines Jeden Wille deckt das Ganze.

§. 101.

Ich bin in dem Bisherigen vorwiegend Berner gefolgt, dessen Darstellung mir völlig richtig erscheint.

Fragt man mich nun, ob das Gesagte im römischen Rechte seine Anerkennung und Bestätigung finde, so muß ich bekennen, daß es zwar Stellen des corp. jur. giebt, die im Resultate damit übereinstimmen, daß es mir aber nicht gelungen ist, die Begründung desselben in einer mit der Berner'schen Argumentation zusammentreffenden Weise zu entdecken, zu geschweigen einiger anderer Bedenken, welche der Annahme, daß jene Stellen als Belege für unseres Autors Ansichten angeführt werden könnten, entgegenstehen dürften [1]).

Jene auf dasselbe hinauslaufenden Stellen sind nämlich:

---

1) Hierher gehört z. B. der Umstand, daß die L. 51 D. 9. 2 mit anderen Stellen desselben Titels, mit L. 11 §. 3 und L. 15 §. 1, in einem Widerspruche zu stehen scheint, den sogar Einige für unlösbar gehalten haben. Man vergl. Glück, Pand. Bd. 10 S. 348. Gerh. Noodt ad L. Aquil. lib. sing. c. 10. Die Glosse will die Vereinigung dadurch bewerkstelligen, daß sie in der L. 11 u. 15 Fälle annimmt, wo die erste Wunde zwar tödtlich, aber nicht absolut tödtlich war, während in L. 51 von absoluter Lethalität die Rede sei. (S. auch Matthaeus l. c. p. 497.) Eine Widerlegung der Glosse und ein anderer Versuch der Vereinigung findet sich bei Luden a. a. O. Bd. 2 S. 266.

1) Die L. 51 pr. §. 1 D. 9. 2, in der es u. A. heißt: „Si quis servo mortiferum vulnus inflixerit, eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est, utrumque eorum lege Aquilia teneri. Idque est consequens auctoritati veterum, qui quum a pluribus servus ita vulneratus esset, ut non appareret, cujus ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri judicaverunt." Diesen Satz sucht dann Julian in §. 2 weiter zu begründen, kann indeß der Hauptsache nach sonst nichts anführen, als daß, wenn man es anders, wie angegeben, halten wollte, der Herr des Sclaven am Ende gar keine Klage haben würde. Hieraus scheint mir aber hervorzugehen, daß unsere Stelle nicht sowohl eine criminelle Bestrafung, als vielmehr die Entscheidung einer Entschädigungsfrage auszusprechen bestimmt ist [2]).

2) Ebenso hat man gegen eine andere Stelle, L. 11 §. 2 D. 9. 2: „Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint, teneantur? videamus. Et siquidem apparet, cujus ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur. Quodsi non apparet, omnes quasi occiderint teneri Julianus ait" etc., hervorgehoben, daß sie von rein privatrechtlichen Verhältnissen spreche, sich lediglich auf das römische Actionensystem und auf das Verhältniß der damaligen Unfreiheit beziehe.

Günther sagt in einer auch diesen Gegenstand betreffenden Schrift: „Ubi plures nulla praecedente conventione ad unum idemque crimen junctim et si-

---

2) Jarcke in Hitzig's Zeitschr. f. Criminalrechtspflege in Preußen Bd. 6 S. 367. — Sehr bezeichnend für meine im Texte geäußerte Ansicht sind die in §. 2 vorkommenden Worte: „Multa autem jure civili ..... pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest." Vergl. überhaupt meine Erörterungen in §. 14.

mul tamquam consortes concurrunt, ibi quemvis id tantum luere, quod ipse fecit, id tantum aestimari, quod ex suo contulit, non vero, quod eodem tempore ab aliis ipsi junctis effectum est.“ In Bezug auf Raufhandel fährt er fort: „Quaevis hic plaga ad suum refertur auctorem; tot quasi separata committuntur crimina, quot uni crimini homines intersunt, quorum sua cuique mensura suusque gradus in se est. Depromtum hoc videtur ex L. 17 de sicar. ubi Paulus: si in rixa inquit perierit, ictus uniuscujusque in hunc collectorum contemplari oportet.“

Nur auf das objective Verhältniß sehend, nehmen auch Andere eine Trennung und Isolirung der Handlungen vor, gehen übrigens dennoch einen wesentlich nach verschiedener Richtung führenden Weg, indem die Einen[3]) mit Günther, im Falle Jemand von Mehreren Wunden empfing, deren jede einzelne tödtlich ist, nur denjenigen mit der gesetzlichen Strafe der Tödtung belegen wollen, der die letzte Wunde, die den Angegriffenen „wirklich entseelte“, zugefügt hat, während die Andern gerade die erste tödtliche Wunde für entscheidend halten.

Günther wie die Anhänger der entgegengesetzten Lehre stützen sich, wie schon angedeutet, zunächst auf L. 17 D. 48. 8, gegen welche jedoch von bedeutenden Criminalisten geltend gemacht ist, daß es sich in dieser Stelle um culpose Tödtung handle[4]). Damit würde sie für unsere Frage völlig bedeu-

3) Feuerbach §. 226. Grolmann § 264 Note c.

4) Einige führen als Grund dieser Ansicht an, daß die rixa, welche in L. 17 cit. vorkommt, nach Ausweis der L. 1 §. 3 i. f. D. 48 8 wegen der dabei obwaltenden ira nicht auf Rechnung des dolus zu setzen, sondern dem in das Gebiet der culpa fallenden impetus angehörig sei, der von den Römern nach der Lehre der Stoa entschieden vom dolus getrennt

tungslos, denn eine culpose Theilnahme giebt es ja überhaupt nicht. Die von Feuerbach vertretene Meinung, welche das Gewicht auf die letzte Verletzung legt, beruft sich außerdem auf L. 11 §. 3 D. 9. 2, welcher Stelle wieder dieselben Bedenken wie dem bereits besprochenen §. 2 derselben lex entgegenstehen. Auch der Herausgeber des Feuerbach'schen Werks, Mittermaier, erklärt in einem Zusatze zu §. 226 unter Berufung auf eine Anzahl namhaft gemachter Autoritäten, daß L. 11 §. 3 cit. „gar nicht hierher gehört".

Wie schon bemerkt, ich habe keine Stelle zu entdecken vermocht, aus welcher sich eine directe Entscheidung der Controverse ergäbe.

§. 102.

Ganz anders steht es um das canonische Recht. Derselbe Fall, wo Mehrere, ohne Complottanten zu sein, einen Menschen anfallen, welcher das Leben verliert, kommt vor in c. 34 C. 23 qu. 8: „Si quatuor aut quinque homines, seu etiam plures contra unum hominem rixati fuerint, et ab his vulneratus mortuus fuerit, quicunque eorum plagam ei imposuit, secundum statuta canonum ut homicida judicetur: reliqui autem, qui eum impugnabant, volentes eum interficere, similiter poeniteant. Qui vero

---

worden sei. Schon Gandinus und Clarus nahmen an, Töbtung in rixa geschehe nicht animo occidendi. Vergl. Rein a. a. O. S. 211 ff. Köstlin, Ueber Mord und Todtschlag. S. 172, 206, 214 ff.

Andere verweisen darauf, daß die L. 17 cit., von dolosen Verbrechen verstanden, mit den anderweiten Bestimmungen über Tödtung, insonderheit mit dem Ausspruche Hadrian's, nach welchem schon „qui non occidit, sed vulneravit, ut occidat", als homicida bestraft werden soll, in Widerspruch stehen würde. Berner a. a O. 369. Wächter, Strafrecht Bd. 1 S. 150. Jarcke a. a. O. S. 366. Abegg im Archiv von 1836 S. 194 ff. will dagegen unsere L. 17 auch auf dolose Tödtungen beziehen.

nec eum impugnabant, nec vulnerabant, nec consilio, nec auxilio cooperatores fuerunt, sed tantum adfuerunt, extra noxam sint." Hier wird von der Tödtung gesprochen und zwar von einer dolosen, indem vier oder fünf Personen gegen eine gestritten haben und Jeder[1]) von ihnen dem letzern eine Wunde beigebracht hat. Ein Jeder soll hier „ut homicida" verurtheilt werden „secundum statuta canonum". Wenn nun weiter bestimmt ist, „reliqui autem, qui eum impugnabant, volentes eum interficere, similiter poeniteant", so sind darunter solche rixati gemeint, die zwar auf irgend eine Weise[2]) bei der Sache thätig waren, indeß keine Wunde zufügten, und auch sie sollen „ut homicidae" behandelt werden. Hieraus wird ersichtlich (Köstlin, Rev. I 576), daß die Begündnng der Miturheberschaft nicht in der Art der physischen Thätigkeit zu suchen ist, sondern darin, daß jeder sich selbst als Zweck des Verbrechens setzt. Noch deutlicher wird dieses durch den letzten Satz, der solcher Personen gedenkt, die gar keine Strafe erleiden, und bei der Gelegenheit auch von Beihülfe[3]) spricht. Letztere wird, wie

1) Denn sonst könnte es nicht heißen „ab his vulneratus," es würde blos gesagt sein „vulneratus" oder „in hac rixa vulneratus mortuus est."

2) Diese Theilnahme kann, wie der erste Theil des Schlußsatzes sagt, darin bestanden haben, daß sie mit Hand an den Bekämpften legten, z. B. ihn hielten oder niederwarfen.

3) Sehr richtig hebt Hälschner a. a. O. S. 377 hervor, es können neben den Miturhebern auch noch andere Theilnehmer als Gehülfen und angestiftete physische Urheber thätig gewesen sein, die dann nach den über solche geltenden Grundsätzen zu beurtheilen sein würden, ohne daß sie auf das Verhältniß der Miturheber einen bestimmenden Einfluß haben. Es ist dies gewiß ebenso richtig, als Niemand wird bestreiten wollen, daß neben den dolos handelnden Miturhebern zufällig auch fahrlässig handelnde Personen vorkommen können, die also von der Miturheberschaft völlig auszuschließen und ganz für sich zu beurtheilen sein werden.

per argum. a contrario zu ersehen ist, ebenfalls mit Strafe belegt, aber nicht mit der gleichen Strafe, welche die Urheber trifft. Denn sonst wäre dieses ausdrücklich gesagt, und nicht derer, die Hülfe leisten, hinterher und so zu sagen beiläufig gedacht. Auch würde die gleiche Bestrafung ja nicht statutis canonum gemäß sein, auf welche bezüglich der als homicidae zu strafenden Theilnehmer ausdrücklich verwiesen wird.

§. 103.

In den deutschen Gesetzen finden sich die richtigen Sätze der zufälligen Miturheberschaft nur zum Theile bestätigt. So enthält namentlich die p. G.-O. im Art. 148, wo der Fall der Tödtung zur Sprache gebracht ist, Richtiges neben Unrichtigem. Dieser Art. entscheidet außerdem noch Fragen, die gar nicht in unser Thema gehören, was nicht wenig dazu beigetragen hat, daß über das Verständniß seines Inhalts bis zur Stunde eine so erhebliche Meinnungsverschiedenheit besteht. Der erste[1]) und der zweite[2]) Satz reden beide nicht von zufälliger Urheberschaft. Im dritten Satze ist das richtige Princip für den Fall ausgesprochen, wo „der Entleibt durch mehr denn einen, die man wüßt, gefährlicher weiß tödtlich geschlagen, geworfen und gewund worden" ist, und man nicht ermitteln kann, „von welcher sonderlichen Hand und That er gestorben wäre". Alle diejenigen, „so die Verletzung wie obsteht, gethan haben" sollen als Todtschläger[3]) behandelt

---

1) Hier ist vom Complott die Rede, dies ergeben die Worte „mit fürgesetztem und vereinigtem Willen", und durch den im zweiten Satze vorkommenden Gegensatze wird es noch deutlicher. Auch die Paraphrase des Remus hat „ex conspiratione".

2) Von einem gemeinsamen animus occidendi wird hier nichts gesagt, zwar an ein gemeinsames Handgemenge ist gedacht, aber rücksichtlich der dabei vorgefallenen Tödtung nur an einen einzigen rechten Thäter.

3) Nicht von Mördern, sondern von ex impetu Handelnden spricht

werden. Dagegen ist unrichtig, daß diese Bestimmung auf den Fall des erwähnten Mangels an Beweis beschränkt, also die Frage, ob Einer oder Alle die Todesstrafe leiden sollen, von dem zufälligen Umstande, ob jener Beweis geführt, abhängig gemacht ist. Die Verfasser haben sich durch Mißverständniß des römischen Rechts irre führen lassen, indem sie, wie bei Aufstellung der Art. 146 und 147, offenbar die Bestimmungen der L. Aquilia, insonderheit die bereits oben besprochene L. 11 §. 2 D. 9. 2 vor Augen hatten[4]), überhaupt aber sich des Wesens der Sache nicht klar bewußt wurden[5]), und übersahen, daß es bei der zufälligen Miturheberschaft nicht auf den Grad der äußeren Wirksamkeit der Einzelnen ankommt, sondern, wie oben gezeigt wurde, auf den subjectiven oder Willenszusammenhang[6]). Den zufälligen Miturheber kann es nicht von der Strafe der vollendeten Tödtung befreien, wenn Einer dadurch, daß er einen sofort tödtenden Streich führt, die Causalität der Andern abbricht oder wiederholt, weil er dieselbe eben als Miturheber im Namen und Einstimmung Aller wieder aufnimmt[7]).

---

unser Satz, darum nicht die Strafe des Rades, sondern des Schwertes. Im Raufhandel ist Affect das s. z. s. Natürlichste. Berner a. a. O. S. 380.

4) Jarke in Hitzig's Zeitschr. Bd. 6 S. 363. Berner, Theiln. S. 370. Dagegen meint Hälschner a. a. O. S. 379, daß die Verfasser der p. G.-O. sich nach den Lehren der Italiener, deren Werke alle Sätze des Art. 148 fast wörtlich enthalten, gerichtet haben. Es kann auch Beides der Fall gewesen sein, jedenfalls haben die Einen wie die Andern das römische Recht unrichtig aufgefaßt.

5) Dasselbe gilt von Bartolus in L. 17 D. ad L. Corn., welcher bereits alle Theilnehmer beim Raufhandel, wenn nicht ermittelt wird, wer den tödtlichen Streich führte, mit der Strafe der Tödtung belegen wollte, wobei ihn offenbar eine unklare Vorstellung von gleicher Strafe der Miturheber leitete.

6) Berner a. a. O. S. 390.

7) Aber allerdings braucht hier, wie beim Complott, die Strafe

Richtiger redet schon das Preußische Landrecht von zufälliger Urheberschaft im zweiten Theile Tit. 20 §. 64: „Haben Mehrere an Ausführung eines Verbrechens unmittelbar Theil genommen, so trifft jede von ihnen als Urheber die im Gesetze bestimmte Strafe", ferner in Art. 74 „Wenn Jemand, auch ohne Verabredung zu der Zeit, da die That ausgeführt wird, durch Handreichung, Wachehalten, oder sonst Hülfe leistet, so wird er in Ansehung der That, bei welcher er wissentlich und freiwillig hilft, als Urheber angesehen." Das jetzige Preußische Strafgesetzbuch gedenkt der zufälligen Miturheberschaft nicht ausdrücklich und besonders, indeß wird sich §. 34 Nr. 2 darauf anwenden lassen[8]).

---

nicht für alle Theilnehmer eine gleiche zu sein, sie richtet sich also bei relativ bestimmten Strafgesetzen nach den subjectiven und objectiven Gründen der Strafbarkeit, und so kann es denn namentlich vorkommen, daß der den Todesstoß Gebende härter bestraft wird, als Andere, die zuvor bloße Verwundungen verursachten.

8) Ganz richtig lehrt Hälschner a. a. O. S. 383, daß, wenn auch die Miturheber nicht als Gehülfen im technischen Sinne des Worts betrachtet werden können, es doch gerade im Wesen der Miturheberschaft liege, daß die Thätigkeit jedes Miturhebers in Bezug auf die der Uebrigen als eine fördernde erscheint, und das Gesetz nur dieses aussprechen wollte, daß eine Theilnahme am Verbrechen durch helfende Thätigkeit begründet werde, gleichviel, ob sie den Helfenden als einen wirklichen Gehülfen oder als Miturheber erscheinen läßt.

Sachregister.

Abortus procuratio, absolute Strafbark. der Theilnahme daran 21.
Absolute Strafbarkeit der Theilnahme 11. 19. 111. 119.
Accusatio publica 75 (i. d. Note).
Alias jam facturus 157 (Not. 1). 164.
Ambitus, absol. Strafbark. der Theilnahme daran 23.
Amtsverbrechen, Beihülfe dazu 243.
Annonae crimen 22. 99 (Not. 5).
Anstifter 116.
" Definition 145.
" Terminologie der Römer 146 (Not. 5).
Anstiftung, stillschweigende 152.
" wechselseitige der Complottanten 249.
" eines schon Entschlossenen 157. 164.
" Motive der A. 150.
" durch Auftrag 151.
" durch Befehl 150. 154.
" durch Bitte 156.
" durch Gewalt 149.
" durch Irrthum 149. 156.
" durch Lob 156.
" durch Rath 157.
" durch Zeichen 152.
Anstiftung eines Rückfälligen 173.
" eines Unzurechnungsfähigen 148.
" absolute Strafbarkeit der A. 32.
" an sich strafbar? 160.
" Anfang der Strafbarkeit 72 ff. 162.
" Strafe 130. 135. 170. 173. 176.
" Einfluß des Zeitablaufs auf die Strafbarkeit 169.
Anzeige der Anstiftung bei der Obrigkeit 179.
" der Beihülfe 189.
Aquilia lex 22. 67. 74 (Not. 6).
Auctor 20. 36.
Auftrag 151.
Auxilium 157 (Not. 1).

Bande 142.
Befehl 150. 154.
Begnadigung des Anstifters 183 (Not)
Beifall 156.
Begünstigung 141.
Beihülfe, Definition 181.
" accessorische Natur der B. 181.
Beihülfe, culpose 190.

Beihülfe, entfernte 200.
„ generelle 239.
„ gleichzeitige 193.
„ intellectuelle 186. 189. 191. 193.
„ nachfolgende 193.
„ nahe 200.
„ negative 195. 227. 229.
„ positive 195.
„ specielle 239.
„ versprochene 188. 192.
„ vorhergehende 193.
„ wesentliche 200.
„ zu culposen Verbr. 190.
„ zum Versuche 186. 189. 213.
„ zu nicht versuchten Verbr. 184.
„ Rücktritt von der B. 188.
„ Strafe der B. 130. 133. 201. 203. 207. 208. 213. 214. 215.
Bitte 156.
Brandstiftung, absol. Strafbarkeit der Theiln. 22.

Calumnia 59 (Not. 4). 80. 99 (Not 5).
„ absolute Strafbark. der Theiln. 22.
Canonisches Recht, im Allgemeinen 105.
„ „ Gleichheit mit dem röm. Recht 109.
Casus 62 ff.
„ improvisus 68. 69.
Causam criminis dans 20. 74 (Not. 6). 147 (Not.).
Causalitätsverhältniß 138. 151 (Not. 7).
Censuren 113. 117.
Consilium 31 (Not. 16). 104. 137. 157 (Not. 1). 175. 192 (Not. 1).
Complott 138. 247.
„ stillschweigendes 252.
„ Terminologie der Römer 247 (Not. 4).
„ an sich strafbar? 253.
„ Strafe des C. 261. 264. 265. 268.
Complottant, der beim Verbrechen ausbleibt 257.
„ der beim Verbr. unthätig bleibt 259.
Concursus ad delictum 1.
„ necessarius 141.
Concussio, absolute Strafbark. der Theiln. 22.
Conscii 196. 198.
Crimen annonae 22. 99 (Not. 5).
„ repetundarum 22.
„ extraordinarium 60. 75 (Not.).
„ publicum 75 (Not.).
Culpa, Strafbark. ders. 60 ff. 89.
Culpose Anstiftung? 147.
„ Beihülfe? 190.

Deutsches Recht, im Allgemeinen 118.
Dichter 5 (Not. 2).
Diebstahl, absol. Strafbarkeit der Theiln. 20.
Dienstverbrechen, absol. Strafbark. der Theiln. 23.
Duell 225.
Durchstechung von Dämmen 22. 83. 84.

Ehebruch 102.
„ absol. Strafbark. der Theiln. 22.
Entführung 85.
„ absolute Strafbarkeit der Theiln. 21.

Entfernte Theilnahme 139.
„ Beihülfe 200.
Exceß, des Angestifteten 166.
„ beim Complott 260.
Eventus 64. 89.
Exemplum legis 16.
Extraordinarium crimen 16. 18.

Falsum, absolute Strafbarkeit der Theiln. 21. 27 (Not. 3).
Frevelhaftigtkeit 63.
Furcht 155.

Gefolge 120.
Gehülfe 143.
„ ohne Thäter nicht denkbar 182.
„ Strafe dess. 182.
(Vergl. überall Beihülfe).
Genehmigung 153. 197.
Generalisiren der römischen Strafsätze 12 ff.
Gesundheitsverletzung, absol. Strafbark. der Theiln. 21.
Gewalt 149.
Gleiche und ungleiche Theiln. 143 (Not. 9).
Götzendienst, absol. Strafbark. der Theiln. 22.
„ relative Strafbark. der Theiln. 92.
Gotteslästerung 229.
Grenzveränderung 215.
„ absol. Strafbarkeit der Theiln. 22.
„ relat. Strafbark. der Theiln. 80.

Hauptgehülfe 206. 221.
Haupt- und Nebentheilnahme 139.
Historiker 5. 8. 9.
Hochverrath 101.

Impellere 158.
Instruere 158.
Injuria 18. 19 (Not. 5).
„ absol. Strafbark. der Theiln. 21.
Intellectuelle Beihülfe 189. 191.
„ Urheberschaft 145.
Irrthum 149. 156.
Juristen 9.

Ketzerei, absol. Strafbark. der Theiln. 22.
„ relative Strafbarkeit der Theiln. 81. 91.
Kindesaussetzung, absol. Strafbark. der Theiln. 21 (Not. 7).
Kirchenväter 107. 116.
Kundschafter 200.
Kuppelei, absolute Strafbarkeit der Theiln. 22.
„ relative Strafbarkeit der Theiln. 81.

Latrocinium, relative Strafbarkeit der Theiln. 93.
Leges publicae 17 (Not. 4). 72 (Not. 6). 66 (Not. 9).
Lob 156.
Lohnmord, Anstiftung 173.
Luxuria 127 (Not. 2).

Majestätsverbrechen, absol. Strafbark. der Theiln. 23.
Majestätsverbrechen, relative Strafbark. der Theiln. 101.
Mandatum 136. 175. 157 (Not. 1).
Meineid, absolute Strafbarkeit der Theiln 33 (Not. 20).
Miturheber 276.
„ verabredete 247.
„ zufällige 270.
Motiv, der Anstiftung 150.

Münzverbrechen, relative Strafbark. der Theilnahme 82.
" absol. Strafbark. der Theiln. 23.

Nahe und entfernte Theiln. 139.
Nebengehülfe 206.
Negative Beihülfe 220.
Nichtanzeige eines Verbr. 196. 198.
Nichtverhinderung eines Verbr. 196. 198. 230.
Nulla poena sine lege 24.

Objectiver Standpunkt 86. 107. 128.

Päderastie, absol. Strafbarkeit der Theiln. 22.
Parricidium 79. 84. 102.
Particeps 228 (Not. 4).
Pasquill 103.
" obsolute Strafbarkeit der Theiln. 22.
Peculat, absolute Strafbarkeit der Theiln. 22.
" relat. Strafbark. d Theiln. 83.
Philosophen 10.
Plagium 79. 99 (Not. 5).
" absolute Strafbarkeit der Theiln. 21.
Persuadere 158.
Poenae medicinales 113.
" vindicativae 114. 117.
Praefectus vigilum 70 (Not. 19).
Praevaricatio, absolute Strafbark. der Theiln. 22.
Praxis der letzten Jahrhunderte 136. 138.
Principalis 157 (Not. 1).
Privatdelicte 56 ff.
Privatrache 51.

Quaestiones perpetuae 26. 28. 55. 66. 100. 104.

Rädelsführer 262 (Not. 4).
Rath 157.
Raub, absolute Strafbarkeit der Theiln. 20.
" relative Strafbarkeit der Theiln. 93.
Receptatores, relat. Strafbark. 95.
Rechtsbücher des Mittelalters 124.
Relative Strafbarkeit der Theilnahme überhaupt 37. 97. 122. 128.
Reus, Definition 35 (Not. 23).
Rhetoren 5. 6.
Rückfälliger, Anstiftung desselben 173.
" Gehülfe des R. 244.
Rücktritt von der Beihülfe 188.
" vom Complotte 255.

Sachwald 123 (Not. 7).
Sciens prudensque 63 (Not. 6).
Seditio, absolute Strafbarkeit der Theiln. 22.
Sepulcri violatio, absol. Strafbark. der Theiln. 23.
Simonie 229.
" absolute Strafbarkeit der Theiln. 22.
Sinnesänderung, des Anstifters 177.
" des Angestifteten 180.
Socius, Definition 34.
Stellionatus, absol. Strafbark. der Theiln. 21.
Sterilitatis procucatio, absolute Strafbark. der Theiln. 21.
Stifter, des Complotts 262 (Not 3).
Stillschweigen 153.
Stillschweigendes Complott 252.
Strafe, der Anstiftung 170. 173. 176.
" des Angestifteten 170. 173. 174. 176.

Strafe, der Beihülfe 201. 203. 207. 215. 222. 230. 237.
" des Complotts 261.
" der zufälligen Miturheberschaft 270.
Strafrechtstheorie 78. 88.
Stuprum, absolute Strafbarkeit der Theiln. 22.
Suadere 192 (Not. 1).
Subjectiver Standpunkt 38. 72. 85 ff. 215.
Sullanische Gesetzgebung 38.
Suppositio partus, absol. Strafbark. der Theiln. 33 (Not. 20).

Theilnahme, Definition 140.
Tödtung 125.
" absolute Strafbarkeit der der Theiln. 20.
" zufällige Miturheberschaft 272. 273. 276. 278.
Trennung der Ehe, verbotene 81.

Ungleiche Theilnahme 143 (Not. 9).
Urheber 123 (Not. 7). 129.
" Terminologie der Italiener 157 (Not. 1).
" Terminologie des römischen Rechts 36.
Unzuchtsverbrechen, Versuch und Strafe 89 (Not. 6).
Unzurechnungsfähiger 148. 183 (Not.).

Vatermord, Anstiftung dazu 173.
" Beihülfe dazu 242.
Verjährung, in Bezug auf Anstiftung 170. 183 (Not.).
Versprechen, der Beihülfe 188. 192.
Verschwörung 247.
Versuch, Strafbarkeit nach römischem Recht 51.
Versuch der Beihülfe 186.
Verwundung 125.
Volksgerichte 25.
Volksrechte 129.
Volleist 133.

Wachestehen 200. 205. 206. 208.
Wunsch 160.

Zauberei 229.
" absolute Strafbarkeit der Theiln. 22.
" relative Strafbarkeit der Theiln. 82.
Zeichen 152.
Zeitablauf, Einfluß auf Strafbark. der Anstiftung 169.
Zufällige Miturheber 247. 270.
Zufall 62 ff.
Zwang 155.

Quellenregister.

Römisches Recht.

Institutionen.

Lib. 4 tit. 18 §. 6 S. 102. 242.
Lib. 4 tit. 18 §. 9 S. 83. 241.

Digesten.

Lib. 1 tit. 18 L. 6 §. 7 S. 70 (Not. 18).
„ 9 tit. 2 L. 11 §. 1 S. 147.
„ 9 tit. 2 L. 11 §. 2 S. 274.
„ 9 tit. 2 L. 11 §. 3 S. 273 (Not. 1). 274. 276.
„ 9 tit. 2 L. 15 §. 1 S. 273 (Not. 1).
„ 9 tit. 2 L. 51 S. 273 (Not. 1).
„ 9 tit. 2 L. 51 pr. §. 1 S. 274.
„ 9 tit. 2 L. 51 §. 2 S. 58 (Not. 3). 274.
„ 11 tit. 3 L. 1 §. 1 S. 165.
„ 42 tit. 8 L. 10. §. 2 S. 198.
„ 43 tit. 16 L. 1 §. 14 S. 153 (Not.)
„ 47 tit. 2 L. 17 S. 241.
„ 47 tit. 2 L. 36 S. 74 (Not. 6).
„ 47 tit. 2 L. 36 pr. S. 194.
„ 47 tit. 2 L. 36 §. 1 S. 240.
„ 47 tit. 2 L. 51 §. 2 S. 190 (Not. 2).
Lib. 47 tit. 2 L. 51 §. 3 S. 159.
„ 47 tit. 2 L. 53 S. 240.
„ 47 tit. 2 L. 53 §. 19 S. 32 (Not. 17).
„ 47 tit. 2 L. 53 §. 19 S. 74 (Not. 6).
„ 47 tit. 2 L. 53 §. 23 S. 74 (Not. 6).
„ 47 tit. 9 L. 4 §. 1 S. 87.
„ 47 tit. 10 L. 5 S. 75 (Note).
„ 47 tit. 11 L. 1 S. 49.
„ 47 tit. 11 L. 1 §. 2 S. 89 (Not. 6). 198. 220.
„ 47 tit. 11 L. 11 §. 6 S. 166.
„ 47 tit. 18 L. 1 S. 254 (Not. 6).
„ 47 tit. 18 L. 1 §. 2 S. 97.
„ 47 tit. 21 L 2. S. 80. 215.
„ 48 tit. 3 L. 12 S. 71. (Not. 20).
„ 48 tit. 3 L. 13 S. 256 (Not. 2).
„ 48 tit. 4 L. 3 S. 162 (Not. 5).
„ 48 tit. 4 L. 4 S. 162 (Not. 5).
„ 48 tit. 4 L. 8 S. 254 (Not. 5).

Lib. 48 tit. 5 L. 14 S. 75 (Not.).
„ 48 tit. 5 L. 39 §. 4 S. 96.
„ 48 tit. 6 L. 3 S. 264.
„ 48 tit. 8 L. 1 S. 40.
„ 48 tit. 8 L. 1 §. 3 S. 69.
„ 48 tit. 8 L. 3 §. 2 S. 69.
„ 48 tit. 8 L. 3 §. 4 S. 255.
„ 48 tit. 8 L. 7 S. 69 (Not. 17).
„ 48 tit. 8 L. 14 S. 43.
„ 48 tit. 8 L. 17 S. 275. 276 (Not.).
„ 48 tit. 9 L. 1 S. 79.
„ 48 tit. 9 L. 2 S. 102. 196.
„ 48 tit. 9 L. 6 S. 196. 198. 240.
„ 48 tit. 10 L. 1 §. 1 S. 254. 264.
Lib. 48 tit. 10 L. 9 §. 1 S. 197.
„ 48 tit. 10 L. 9 §. 3 S. 254.
„ 48 tit. 13 L. 1 S. 75 (Not.).
„ 48 tit. 13 L. 1 §. 3 S. 99.
„ 48 tit. 13 L. 6 §. 2 S. 83. 217.
„ 48 tit. 15 L. 6 S. 79.
„ 48 tit. 15 L. 6 §. 2 S. 192 (Not. 1).
„ 48 tit. 15 L. 7 S. 79.
„ 48 tit. 19 L. 5 §. 2 S. 71.
„ 48 tit. 19 L. 11 S. 86.
„ 48 tit. 19 L. 16 S. 30. 86. 89. 192 (Not. 1).
„ 48 tit. 19 L. 40 S. 96.
„ 50 tit. 16 L. 53 S. 190 (Not. 3).
„ 50 tit. 17 L. 152 §. 2 S. 153 (Not.).

Codex.

Lib. 1. tit. 5 L. 8 S. 91.
„ 1 tit. 11 L. 7 S. 92.
„ 1 tit. 11 L. 8 S. 92.
„ 1 tit. 12 L. 6 S. 48 (Not. 26).
„ 6 tit. 2 L. 20 S. 192 (Not. 1).
„ 9 tit. 2 L. 5 S. 75 (Not.)
„ 9 tit. 8 L. 5 S. 45. 101. 254 (Not. 5). 256.
„ 9 tit. 8 L. 5 §. 6 S. 196.
„ 9 tit. 13 L. un. §. 2 S. 80. 92. 219.
Lib. 9 tit. 16 L. 1 S. 45 (Not. 20). 71.
„ 9 tit. 17 L. un. S. 102.
„ 9 tit. 24 L. 1 S. 82.
„ 9 tit. 24 L. 2 S. 82.
„ 9 tit. 36 L. un. S. 103.
„ 9 tit. 38 L. un. S. 83.
„ 9 tit. 39 L. 1 S. 96.
„ 9 tit. 46 L 8 S. 80.
„ 9 tit. 47 L. 22 S. 34. 36.

Novellen.

Nov. 14 S. 81.
„ 117 c. 9 S. 81.
„ — c. 10 S. 81.
Nov. 134 c. 10 S. 103.
„ — c. 11 S. 81.

Canonisches Recht.

Decretum Gratian's.

c. 2 dist. 14 S. 116.
c. 2 dist. 79 S. 267 (Not. 6).
c. 109 C. 1 qu. 1 S. 230.
c. 55 C. 2 qu. 7 S. 227.
c. 21 C. 11 qu. 1 S. 265.
c. 22 C. 11 qu. 1 S. 265.
c. 4 C. 15 qu. 3 S. 230.
c. 1 C. 22 qu. 5 S. 173.
c. 4 C. 22 qu. 5 S. 174.
c. 5 C. 22 qu. 5 S. 116. 171.
c. 7 C. 23 qu. 3 S. 227.
c. 11 C. 23 qu. 3 S. 227.
c. 31 C. 23 qu. 8 S. 276.
c. 19 C 33 qu. 3 dist. 1 S. 111. 225.
c. 23 C. 33 qu. 3 dist. 1 S. 171 (Not. 1).
c. 25 C. 33 qu. 3 dist. 1 S. 107.
c. 28 C. 33 qu. 3 dist. 1 S. 107.
c. 29 C. 33 qu. 3 dist. 1 S. 107.
c. 30 C. 33 qu. 3 dist. 1 S. 107.

Decretalen Gregor's IX.

Lib. 5 tit. 12 c. 6 S. 110. 112. 115 222. 228. 266.
Lib. 5 tit. 12 c. 18 S. 174.
Lib. 5 tit. 27 c. 4 S. 174 (Not. 2).
„ 5 tit. 38 c. 8 S. 116.
„ 5 tit. 41 c. 9 S. 107.

Liber sextus.

Lib. 5 tit. 4 c. 1 S. 162.
„ 5 tit. 4 c. 3 S. 168 (Not. 5).
„ 5 tit. 9 c. 5 S. 227 (Not. 6).
Lib. 5 tit. 11 c. 6 S. 228.
„ 5 tit. 11 c. 23 S. 153 (Not). 227.

Concilium Tridentinum.

Sessio 24 c. 19 S. 225.

Deutsches Recht.

Aelteste Quellen.

Edictum Rotharis c. 19 S. 121.
„ „ c. 223 S. 154 (Not. 1).
Lex Frisionum I. 14 S. 154 (Not. 1).
Lex Frisonum II. 1 und 2 S. 130.
Lex Ripuariorum LXIV S. 132.
Lex Salica XIV §. 1 S. 132.
„ „ XVI § 1 S. 133.
„ „ XLIII §. 12 S. 130.

Lex Salica XLIV S. 131.
„ „ LVII 6 S. 176.
Lex Saxonum XI 1 S. 119. 154 (Not. 1).

Quellen der mittleren Zeit.

Culmer Recht III. 35 S. 134.
„ „ III. 51 S. 177.
Goslar'sche Statuten p. 38 S. 131.
Kaiserrecht c. 59 S. 120.
Magdeburger Fragen III. 1. 11 S. 126.
Peinliche Halsgerichts-Ordnung Art. 107 S. 135. 177.
Art. 146. 147 S. 278.
Art. 148 S. 237. 278.
Art. 177 S. 126. 135. 190 (Not. 4). 237.
Art. 178 S. 161 (Not. 4).
Sachsenspiegel II. 13 S. 135 (Not. 1).
„ III. 46. 2 S. 125.
„ IV. 5. 9 S. 123.
„ IV. 8. 1 S. 122.
„ IV. 8. 5 S. 123.
„ IV. 9. 1 S. 124.
Schwabenspiegel Art. 171 S. 176.
„ Art. 227 S. 134.
Wormser Stadtrecht VI. 2, 19 S. 154.

Neueste Quellen.

Badisches Strafgesetzbuch von 1845 §. 121 S. 166 (Not. 2).
§. 127 S. 261 (Not. 1).
§. 126 S. 261 (Not. 1).
§. 128 S. 252.
§. 141 S. 189.
Bayerisches Strafgesetzbuch von 1861 Art. 52 S. 191 (Not. 5). 244 (Not. 14).
Art. 54 S. 191 (Not. 5). 199.
Braunschweiger Strafgesetzbuch von 1840 §. 37 S. 252.
§. 54 S. 240.
Hessen-Darmstädtisches Strafgesetzb. von 1841 Art. 74 S. 261 (Not. 1).
Art. 75 S. 261 (Not. 1).
Art. 76 S. 252.
Art. 83 S. 191 (Not. 5).
Hannov. Strafgesetzbuch von 1840 Art. 54 S. 166 (Not. 2).
Art. 55 S. 166 (Not. 2).
Art. 58 S. 261 (Not. 2).
Art. 66 S. 191 (Not. 2).
Art. 67, 3 S. 200.
Art. 67, 4 S. 199.
Art. 68 S. 200.
Art. 68, 4 S. 199.
Art. 70 S. 244 (Not. 14).
Art. 71 S. 185.
Art. 72 S. 187. 189.
Art. 73 S. 189 (Not. 4).
Oldenburgsches Strafgesetzbuch von 1858 Art. 30 S. 191.
Preußisches Landrecht Theil II tit. 20 §. 64 bis 75 S. 127. 280.
§. 65 S. 270.
§. 66 S. 270.
§. 67 S. 154 (Not. 1).
§. 68 S. 154 (Not. 1).
§. 69 S. 154 (Not. 1).
§. 70 S. 270.
§. 71 S. 211.
§. 74 S. 280.
§. 12 51 S. 184.
Preußisches Strafgesetzbuch von 1851 §. 34 S. 191 (Not. 5). 195.

Preußisches Strafgesetzbuch von 1851
§. 34 Nr. 2 S. 280.
§. 35 S. 191 (Not. 5). 240.
§. 54 S. 240.
§. 69 S. 211.
§. 228 S. 184.
Sächsisches Strafgesetzbuch von 1855
Art. 55 S. 211. 243.
Art. 56 S. 244 (Note 1).
Art. 69 S. 243 (Not. 13).

Druckfehler.

S. 18 Not. 3 Z. 3 lies „S. 75, II." statt S. 46. 47.
S. 58 Not. 3 Z. 11 lies „L. 51 §. 2 D. 9. 2" statt 9. 3.
S. 59 Not. 4 Z. 14 lies „calumnia" statt columnia.
S. 83 Z. 20 lies „Deportation" statt Deportion.
S. 109 Z. 11 lies „dem römischen Rechte" statt den römischen Rechten.
S. 144 Z. 15 lies „bethätigt" statt bestätigt.
S. 147 Z. 10 lies „einem Andern" statt einen Andern.
S. 148 Not. 3 Z. 12 lies „Verbrechen" statt Verbrechens.
S. 171 Z. 17 lies „anwandte" statt verwandte.
S. 187 Not. 3 Z. 2 setze das Komma vor „aber".
S. 224 Z. 4 lies „zurückzukommen" statt zurückgekommen.
S. 242 Z. 5 lies „extraneus" statt exstraneus.
S. 243 Z. 5 und 6 lies „Strafverringerung" statt Strafverringerungen.
S. 254 Not. 13 lies „§. 331" statt Art. 331.
S. 252 Z. 26 lies „diese Auffassung" statt die Auffassung.
S. 254 Not. 5 Z. 8 lies „accusationem" statt obligationem.
S. 256 Z. 8 lies „daß" statt wenn.
S. 259 Z. 2 lies „recurriren" statt reduciren.
S. 262 Not. 3 Z. 9 lies „Theilnehmer" statt Theilnahmer.
S. 263 Z. 12 lies „Mehreren" statt Mehrerer.
S. 265 Not. 1 Z. 16 und 17 lies „existunt" statt exitunt.
S. 267 Not. 5 Z. 1 setze vor „aber" ein Komma.

Druck von Friedrich Mauke in Jena.

sammlung enthaltenen Worte und die dort vorkommenden Bedeutungen derselben beschränkt; in der zweiten und dritten Auflage umfaßt es, wie schon der veränderte Titel an die Hand giebt, auch die nur in den vorjustinianischen Rechtsquellen vorkommenden Worte und die dort hervortretenden rechtsgeschichtlichen Bedeutungen der juristischen Ausdrücke, so daß es nunmehr nicht nur für das Studium des geltenden römischen Rechts, sondern auch für das Studium der Rechtsgeschichte als Hülfsmittel zu dienen geeignet ist.

Langenbeck, Wilhelm,

Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen

Jena 1868